

مدخل إلى علم القانون

الدكتور محمد سامر عاشور



Books

مدخل إلى علم القانون

الدكتور محمد سامر عاشور

من منشورات الجامعة الافتراضية السورية

الجمهورية العربية السورية 2018

Introduction to Law

Mohammad Samer Ashour

Publications of the Syrian Virtual University (SVU)

Syrian Arab Republic, 2018

الفهرس

الوحدة التعليمية الأولى

تحديد مفهوم القانون

1- القاعدة القانونية

الكلمات المفتاحية:

القاعدة القانونية – المؤيد الجزائي – المؤيد المدني.

الملخص:

تعتبر القاعدة القانونية الخلية الأساسية التي يتألف منها القانون، وهي خطابٌ موجه إلى الأشخاص، عامة ومجردة، ولا تخص شخصاً معيناً بالذات أو تتعلق بحادثة معينة، وتتصف هذه القاعدة بالصيغة الإلزامية أي أن يكون لها مؤيد (أو جزاء) وهو الأثر الذي يترتب على مخالفة القاعدة القانونية.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء، يجب أن يكون الطالب قادراً على:

- تعريف القاعدة القانونية.
- معرفة صفات القاعدة القانونية.
- التمييز بين المؤيد الجزائي والمؤيد المدني.

مقدمة

تهدف دراسة المدخل إلى علم القانون إلى الإلمام بالمبادئ والأصول العامة التي تكون الإطار الشامل لعلم القانون والحق، لذلك فإنها تتخذ من القانون والحق برمته موضوعاً لها، وتهدف إلى إلقاء الضوء وتوطئة السبيل لمساعدة المبتدئ على الإلمام بالأصول والمبادئ الأساسية العامة التي يرتكز عليها القانون والحق في جملته، ولذلك وبالرغم من أن أغلب مضمون هذه الدراسة قد ورد ضمن القانون المدني وخاصة الباب التمهيدي منه، فإن المدخل إلى علم القانون لا يرتبط من حيث المبدأ بفرع معين من فروع القانون ولا بفئة محددة من قواعده، مثلما ر يرتبط بنوع أو فئة محددة من الحقوق.

ولما كانت تلك هي غاية الدراسة، فإننا سنحرص على إبراز الأصول الكلية والمبادئ العامة الأساسية وترسيخها في ذهن كل مبتدئ في علم القانون، دون دخول في تفصيلات فرعية أو جزئية إلا ما اقتضته ضرورة لترسخ مبدأ أو لتوضيح فكرة وتحديد معالمها، إذ كثيراً ما تتوارى تلك الأصول والمبادئ وتطمس معالمها أمام الإغراق في التفصيلات. ورائدنا في ذلك تزويد المبتدئ بالقدر المقبول والمعقول من المعلومات والأفكار، دون إسراف وتفصيل ممل أو تقتير وإيجاز مخل.

والمعّول عليه في هذه الدراسة هو القانون السوري، حين يقتضي الأمر دراسة أحكام القانون أو الإشارة إلى نصوصه، دون قطع السبيل أمام إجراء دراسة متقابلة مع القوانين الأخرى كلما اقتضى الحال ذلك بغية تدعيم هذه الدراسة بالمفيد.

ولأجل ذلك سنجعل هذه الدراسة في قسمين: نخصص الأول لنظرية القانون، ونخصص الثاني لنظرية الحق، ذلك على الشكل التالي:

- النظرية العامة للقانون.
- النظرية العامة للحق.

القانـون والحق

القانون والحق مفهومان مترابطان متلازمان بحيث لا يذكر أحدهما إلا ويتبادر إلى الذهن المفهوم الآخر. فيمكن القول بأن الحق هو ثمرة القانون ونتيجته، كما أن القانون يتمثل عملياً حين تطبيقه بما ينجم عنه من حقوق.

ودراستنا في المدخل إلى العلوم القانونية تتناول في الواقع: دراسة نظرية القانون من جهة ونظرية الحق من جهة ثانية ولذا سنبدأ بتعريف كل من القانون والحق.

القانون:

يقصد به مجموعة القواعد التي تطبق على الأشخاص في علاقاتهم الاجتماعية ويفرض عليهم احترامها ومراعاتها في سلوكهم بغية تحقيق النظام في المجتمع[1].

فالقانون إذاً يعبر عن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم حياة المجتمع وسلوك الأشخاص فيه وهذه القواعد تنظم أموراً مدنية أو تجارية أو جزائية أو غيرها، أياً كان مصدر هذه القواعد سواء كان مصدرها التشريع أو غيره من المصادر الأخرى.

فهذه القواعد القانونية بصرف النظر عن مصدرها أو موضوعها تشكل الإطار الذي يتكون منه القانون بمعناه العام الذي بيناه بالتعريف.

من جهة أخرى هناك معنى خاص شائع الاستعمال ويقصد به القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة (الممثلة بمجلس الشعب). وهذه القواعد وإن كانت تحتل الجزء الأكبر من القواعد القانونية في عصرنا إلا أنها لا تشملها جميعها.

أي أن القانون بمعناه الخاص هذا ليس سوى مصدر من مصادر القانون بمعناه العام وهو من أهم مصادره في عصرنا الحالي ولكنه ليس المصدر الوحيد.

وخلال دراستنا سنقتصر في استعمالنا لكلمة القانون على المعنى العام (مجموعة القواعد القانونية). وسنطلق على القانون بالمعنى الخاص اسم التشريع المرادف له.

[1] - المدخل إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق /2003-2004، ص 6.

الحق:

ويقصد بالحق السلطة أو الإمكانية أو الامتياز التي يمنحها القانون للشخص تمكيناً له من تحقيق مصلحة مشروعة يعترف له بها ويحميها[1].

فالحق بهذا المعنى لا يتمثل إذن بالقواعد القانونية نفسها وإنما بما تقره هذه القواعد للأشخاص وما تمنحهم من سلطات ومكنات وميزات.

فعلى سبيل المثال القاعدة القانونية التي تمنح الحق للمستأجر في سكنى العقار المأجور، والقاعدة التي تمنح الحق للبائع في استيفاء ثمن المبيع من المشتري...الخ،فهذه القواعد تدخل في نطاق القانون، أما ما ينشأ عن هذه القواعد من سلطات وميزات يتمتع بها المستأجر أو البائع فإنما تعتبر حقوقاً يعترف بها القانون لهؤلاء الأشخاص ويمنحهم إياها.

العلاقة بين القانون والحق:

من خلال تعريف كل من القانون والحق يتبين لنا أن هناك ترابطاً تاماً واتصالاً وثيقاً، فلا ينشأ الحق إلا إذا أقرته واعترفت به قاعدة من قواعد القانون.

كما أن القانون يهدف بصورة أساسية إلى تحديد الحقوق وبيان مداها وكيفية اكتسابها وانقضائها. و بعبارة أخرى يمكن القول بأن الحق هو ثمرة القانون ونتيجته، كما أن القانون يتمثل عملياً حين تطبيقه بما ينجم عنه من حقوق[2].

---

[1] - المدخل إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق /2003-2004، ص 6.

[2] المدخل إلى العلوم القانونية أو النظرية العامة للقانون /محمد محمود عبد الله/ جامعة دمشق -1982-1983، ص 14.

القــانـــــون

سنتناول في هذا القسم دراسة النظرية العامة للقانون وذلك في بابين وهما:

- مفهوم القانون
- مصادر القانون

مفهوم القانون

تحديد مفهوم القانون

لتحديد مفهوم القانون لا بد من دراسة طبيعة القاعدة القانونية التي تعتبر الخلية الأساسية في تكوين القانون من جهة، ودور القانون من في التنظيم الاجتماعي الذي يعتبر هدف القانون وغايته من جهة أخرى، ومن ثم ينبغي علينا أن نلقي الضوء على نوعين هامين من أنواع القواعد القانونية وهما القواعد الآمرة والقواعد التكميلية أو المفسرة، ونخصص فرعا أخيرا لمقارنة القانون بعلم الأخلاق الذي يشاركه في مهمة التنظيم الاجتماعي.

وسنتناول ذلك وفق ما يلي:

1- القاعدة القانونية.

2- دور القانون في التنظيم الاجتماعي.

3- القواعد الآمرة والقواعد التكميلية أو المفسرة.

4- القانون والأخلاق.

القاعدة القانونية

القاعدة القانونية هي الخلية الأساسية التي يتألف منها القانون بمعناه العام.

وقد عرفها الدكتور سليمان مرقس بأنها خطاب موجه إلى الأشخاص في صيغة عامة له قوة الإلزام.

من هذا التعريف نجد أن[1]:

أ- القاعدة القانونية خطاب موجه إلى الأشخاص:

وهذا الخطاب الموجه إلى الأشخاص إما أن يتضمن أمراً لهم بالقيام بفعل معين، أو نهياً عن القيام به، أو مجرد إباحة هذا الفعل دون أمر به أو نهي عنه.

فعلى سبيل المثال المادة (554) من القانون المدني: تنص على أنه ((يجب على المستأجر أن يقوم بوفاء الأجرة في المواعيد المتفق عليها)).

فهذه القاعدة تتضمن الأمر بفعل معين هو أداء الأجرة إلى المؤجر.

و المادة (185) من قانون التجارة بالنسبة للشركات المغفلة تنص على أنه: ((لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس الإدارة وأية وظيفة عامة)).

فهذه المادة تتضمن النهي عن فعل معين هو الجمع بين عضوية مجلس الإدارة في الشركة المغفلة والوظيفة العامة.

ولو أخذنا المادة (549) من القانون المدني التي تنص على أنه ((يجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والنور الكهربائي والتلفون والراديو وما إلى ذلك)). لوجدناها تتضمن إباحة فعل معين والترخيص به دون أمر ولا نهي.

ونلاحظ أنه لا يشترط في القاعدة القانونية أن تأتي بصيغة الأمر أو النهي أو الإباحة والترخيص لأنها قد تأتي على شكل إنذار موجه إلى الأشخاص بترتيب أثر ما على واقعة معينة فيستنتج من هذا الإنذار ما تريد القاعدة أن تأمر به.

---

[1] - للتوسع في تعريف القاعدة القانونية وخصائصها راجع،المدخل إلى العلوم القانونية أو النظرية العامة للقانون /محمد محمود عبد الله/ جامعة دمشق -1982-1983 ص 4-16،و المدخل إلى علم القانون /عدنان جاموس / جامعة دمشق / 1985-1986 ص8، و المدخل إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق /2003- 2004، ص15-21.

فالمادة (388) من قانون العقوبات التي تنص على أنه:

((كل سوري علم بجناية على أمن الدولة ولم ينبئ بها السلطة العامة في الحال عوقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبالمنع من الحقوق المدنية)).

فهذه القاعدة لا نجد فيها صيغة الأمر، وإنما نجد فيها إنذاراً إلى من يتوانى عن إخبار السلطة العامة عن الجنايات الماسة بأمن الدولة.

ب–القاعدة القانونية يجب أن تكون عامة ومجردة:

لا يكفي أن يكون هناك خطاب موجه إلى الأشخاص سواء أكان أمراً أو نهياً أو مجرد إباحة وترخيص ليعتبر أن هناك قاعدة قانونية، بل يجب أن يكون هذا الخطاب أو يجب أن تكون هذه القاعدة عامة ومجردة[1].

ومعنى ذلك أن القاعدة القانونية يجب ألا تخص شخصاً معيناً بالذات أو تتعلق بحادثة معينة، بل يجب أن تكون قابلة للتطبيق على كل من يمكن أن تتوافر فيهم الصفات والشروط التي تنص عليها.

وفي الواقع، فإن مفهوم القاعدة نفسه يفترض الاطراد وإمكانية التطبيق في الحالات والظروف المماثلة، أما الأحكام التي لا تطبق إلا على أشخاص معينين أو حالات محددة بالذات فإنها لا تكون قواعد قانونية بالمعنى الصحيح.

مثال:

1 . يحرم الطالب الذي يرتكب عملية الغش في الامتحان من متابعة امتحانه.

2 . يحال الموظف الذي يبلغ سن الستين على التقاعد.

إن كلا المثالين يمكن إدراجهما في عداد القواعد القانونية لأنهما لا يخصان طالباً أو موظفاً معين بذاته وإنما هما عبارة عن نصين عامين يمكن تطبيقهما على كل طالب يرتكب عمليه الغش في الامتحان وعلى كل موظف يبلغ سن الستين.

[1] المدخل إلى القانون/رمضان محمد أبو السعود-محمد حسين منصور/بيروت-لبنان:منشورات الحلبي الحقوقية(2003) ص 20

أما المثالين الآتين:

1 . يحرم الطالب (فلان) من متابعة امتحانه لارتكابه عملية الغش.

2 . يحال الموظف (فلان) على التقاعد لبلوغه سن الستين.

فلا يمكن اعتبارهما بمثابة قاعدتين قانونيتين لأن الحكمين اللذين يتضمنانهما يقتصر تطبيقهما على الطالب أو الموظف المعينين فيهما دون أن يتجاوزهما إلى غيرهما.

من جهة أخرى لا يشترط في القاعدة القانونية أن تتناول في حكمها عدداً كبيراً من الأشخاص أو أن تشمل المواطنين جميعاً ليعتبر أنه قد توافرت فيها صيغة العموم.

فكثرة الأشخاص الذين تطبق عليهم القاعدة أو قلتهم ليس لها اعتبار ولكن المعتبر في القاعدة القانونية هو ألا تتناول أشخاصاً معينين بذاتهم، بل أن يعم حكمها جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الصفات والشروط المحددة فيها.

لذلك فقد تتناول القواعد القانونية في أحكامها فئات من الناس لا يكون عدد أفرادها كبيراً كالقواعد المتعلقة بالتجار أو الموظفين أو أساتذة الجامعة أو غيرهم.

وأحياناً قد تتناول القاعدة بحكمها شخصاً واحداً كالقواعد التي تتضمن تحديد صلاحيات واختصاصات رئيس الجمهورية مثلاً فهذه القواعد تعتبر قواعد قانونية على الرغم من أن تطبيقها يتعلق برئيس الجمهورية وحده. ذلك لأن الأحكام التي تتضمنها ذات صفة عامة بحيث يمكن تطبيقها بالنسبة إلى أي رئيس للجمهورية يجري انتخابه وليست خاصة برئيس معين بشخصه وذاته.

ج- القاعدة القانونية يجب أن تتصف بالصيغة الإلزامية:

يقصد بذلك أن يكون للقاعدة القانونية مؤيد أو جزاء، بحيث يجبر الأشخاص على إتباعها ويفرض عليهم احترامها ولو بالقوة عند الاقتضاء.

والمؤيد أو الجزاء هو الأثر الذي يترتب على مخالفة القاعدة القانونية.

فمثلاً الأثر الذي يترتب على مخالفة القاعدة التي تأمر بعدم السرقة هو الحبس، والأثر الذي يترتب على مخالفة القاعدة التي تأمر بالوفاء بالديون هو التنفيذ الجبري...

والمؤيدات القانونية تعود في الدول المتمدنة إلى الدولة وحدها، فهي التي تملك وحدها وسائل إجبار الأشخاص على احترام القاعدة القانونية وهي التي ترتب الآثار الناجمة عن مخالفتها.

أي أننا نقصد بقولنا أن القاعدة القانونية تتصف بالصبغة الإلزامية هو أن تكون مؤيدة من قبل الدولة.

وهذا ما يميز القاعدة القانونية عن سائر القواعد الاجتماعية والأخلاقية (كقواعد الأخلاق) التي تفتقر إلى المؤيد من قبل الدولة.

بحيث لا يمكن للدولة أن تعاقب الفرد على عدم اللطف (كقاعدة أخلاقية).

بالمقابل ليس من الضروري أن يكون احترام الناس للقاعدة القانونية وتطبيقها من قبلهم ناجماً عن تأييد الدولة لها وفرضها إياها، بل قد يطبقونها من تلقاء أنفسهم لأنهم يعتقدون أنها واجبة التطبيق ولو لم تكن مفروضة عليهم من الدولة ومؤيدة من قبلها.

والمؤيد الذي تضعه الدولة للقاعدة ليكفل احترامها وتطبيقها من قبل الأشخاص يكون على نوعين[1]:

1 . **المؤيد الجزائي:** ويقصد به الزجر، ويكون ذلك بإيقاع العقوبة بالمخالف للقاعدة القانونية ردعاً له ولغيره عن مخالفتها.

2 . **المؤيد المدني:** ويقصد به الجبر، يكون ذلك بإعادة الأمور إلى نصابها وإزالة الخلل الذي أحدثته مخالفة القاعدة القانونية أو إصلاحه على قدر الإمكان.

والمؤيد الجزائي قد يقع على جسم الشخص (كالسجن أو الإعدام)، وقد يكون عبارة عن غرامة يعاقب بدفعها.

أما المؤيد المدني فيكون على أنواع[2]:

1 . فهو إما أن يكون تنفيذاً عينياً وذلك بتنفيذ ذات الالتزام (كإجبار البائع مثلاً على تسليم المبيع للمشتري).

---

[1] المدخل إلى القانون/رمضان محمد أبو السعود-محمد حسين منصور/بيروت-لبنان:منشورات الحلبي الحقوقية(2003) ص 21

[2] إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق /2003-2004 ص 21

2 . أو أن يكون تنفيذاً بمقابل وذلك عن طريق التعويض (كإجبار من سبب بعمله غير المشروع ضرراً للغير على دفع تعويض له عنه).

3 . أو أن يكون ببطلان الاتفاق المخالف للقاعدة القانونية، كبطلان الاتفاق الواقع على بيع المخدرات.

وللتميز بين المؤيد الجزائي والمؤيد المدني نطرح المثال التالي:

لو فرضنا أن شخصاً يقود سيارته مخالفاً قواعد المرور قد صدم شجرة واقتلعها فحكم عليه بغرامة من جهة وبالتعويض عن الشجرة من جهة ثانية.

فالمقصود من الغرامة ليس إصلاح الضرر بل معاقبته لمخالفته قواعد المرور (مؤيد جزائي).

أما التعويض فلا يهدف إلى معاقبته وإنما لإزالة الضرر الذي ألحقه بمالك الشجرة من جراء عمله غير المشروع (مؤيد مدني).

أي أن المؤيد الجزائي والمؤيد المدني إنما يترتب على مخالفة القاعدة القانونية.

ولكن المؤيد الجزائي يقصد به المعاقبة، بينما لا يقصد بالمؤيد المدني سوى إعادة الأمور إلى نصابها.

تمارين:

أولاً. حدد أنواع المؤيد أو الجزاء الذي تضعه الدولة ليكفل احترام القاعدة القانونية:

الجواب:

يكون المؤيد الذي تضعه الدولة للقاعدة ليكفل احترامها وتطبيقها من قبل الأشخاص على نوعين:

1. المؤيد الجزائي: يقصد به الزجر، ويكون ذلك بإيقاع العقوبة بالمخالف للقاعدة القانونية ردعاً له ولغيره عن مخالفتها.
2. المؤيد المدني: يقصد به الجبر، يكون ذلك بإعادة الأمور إلى نصابها وإزالة الخلل الذي أحدثته مخالفة القاعدة القانونية أو إصلاحه على قدر الإمكان.

ثانياً. أشر إلى الجمل الصحيحة فيما يلي:

الجواب:

- يقصد بالمؤيد الجزائي المعاقبة، بينما لا يقصد بالمؤيد المدني سوى إعادة الأمور إلى نصابها.
- المؤيد الجزائي قد يقع على جسم الشخص (كالسجن أو الإعدام)، وقد يكون عبارة عن غرامة يعاقب بدفعها.
- المؤيد المدني يكون على أنواع: فهو إما أن يكون تنفيذاً عينياً وذلك بتنفيذ ذات الالتزام، أو أن يكون تنفيذاً بمقابل وذلك عن طريق التعويض، أو أن يكون ببطلان الاتفاق المخالف للقاعدة القانونية.

الوحدة التعليمية الثانية

تحديد مفهوم القانون

2- دور القانون في التنظيم الاجتماعي

الكلمات المفتاحية:

القانون والحياة – المذهب الفردي أو المذهب الحر– المذهب الإشتراكي أو مذهب التدخل.

الملخص:

سنتعرف في هذا الفصل على دور القانون في التنظيم الإجتماعي الذي يعتبر هدف القانون وغايته، من خلال معرفة صلة القانون والحياة، فالقانون لا يمكن أن ينشأ دون المجتمع ليتولى تنظيمه ولا يمكن تصور مجتمع دون نظام صالح يبنى عليه، إضافة إلى الدور الذي يؤديه القانون لتنظيم الافراد وعلاقاتهم المختلفة، من خلال مذهبين رئيسين هما: المذهب الفردي (الحر)، والمذهب الاشتراكي (التدخلي).

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء، يجب أن يكون الطالب قادراً على:

1. معرفة الصلة بين القانون والحياة.
2. تعريف المذهب الفردي أو المذهب الحر.
3. تعريف المذهب الاشتراكي أو مذهب التدخل.

صلة القانون بالحياة الاجتماعية

إن بين القانون والحياة داخل المجتمع صلة وثيقة العرى وارتباطاً على جانب من الأهمية.

فالقانون لا يمكن أن ينشأ إلا حيث يكون هناك مجتمع يتولى تنظيمه وتحديد القواعد التي يجب أن تقوم عليها علاقات الأفراد فيه. ولا يمكن أن نتصور قيام مجتمع دون نظام صالح يبنى عليه ويتولى القانون أمر تحديده وفرضه.

وما دام القانون يتولى تنظيم المجتمع وعلاقات الأفراد فيه، فمن الطبيعي لنا أن نتساءل عن الدور الصحيح الذي يؤديه هذا السبيل والحد الذي يقف عنده في تدخله في شؤون الأفراد وعلاقاتهم المختلفة,

الجواب على هذا السؤال يختلف في الواقع باختلاف وجهات النظر التي تتولى معالجته والرد عليه، ونستطيع أن نميز خلال وجهات النظر هذه بين مذهبين رئيسين هما: المذهب الفردي أو الحر من جهة، والمذهب الاشتراكي أو التدخلي من جهة ثانية.

أ- المذهب الفردي أو المذهب الحر

يقوم هذا المذهب الذي ساد أواخر القرن الثامن عشر والقسم الأكبر من القرن التاسع عشر، على تقديس حرية الفرد تقديساً كاملاً واعتبارها حقاً أساسياً من واجب المجتمع أن يبذل قصارى جهده للمحافظة عليها، ومن واجب القانون ألا يتدخل للحد منها إلا بالقدر الضروري جداً الذي لا غنى عنه[1].

ففي ظل المذهب الفردي أو الحر نجد إذن أن نطاق القانون يضيق إلى حد كبير هو هذا الذي يقتضيه تأمين إقامة الحرية للجميع، ومنع الناس من التجاوز بعضهم على بعض.

ب-المذهب الاشتراكي أو مذهب التدخل:

إن المذهب الفردي أو الحر، على ما يقتضيه من مثل عليا ودعوى مخلصة إلى تقديس حرية الفرد واحترامها، قد بدا، بسبب التطور الاجتماعي الأخير الذي ظهرت بوادره في منتصف القرن

[1] - المدخل للعلوم القانونية: (النظرية العامة للقانون.والنظرية العامة للحق)\توفيق حسن فرج/ بيروت لبنان:/الدار الجامعية (1988) ص28

التاسع عشر ولا يزال مستمراً حتى يمنا هذا غير كاف لإقامة نظام صالح يؤمن العدل والطمأنينة والاستقرار لجميع المواطنين في المجتمع.

وعلى هذا قامت النظريات الاشتراكية الحديثة تدعو الدولة إلى التدخل في شؤون الأفراد لحماية الضعفاء من تسلط الأقوياء وسيطرتهم فالقانون بحسب هذه النظريات لا يجيب انم تقتصر مهمته على دور سلبي بل يجب أن يؤدي دوراً إيجابياً فيتولى بنفسه تنظيم علاقات الأفراد وشؤونهم حين يخفق هؤلاء في تنظيمها على أساس عادل صحيح[1].

ففي ظل المذهب الاشتراكي أو مذهب التدخل نجد أن للقانون مجالات أوسع واعم من المجال الذي يريده أن يدور فيه المذهب الفردي لأن دور القانون في الواقع لا يقتصر على تأمين الحرية للجميع وتركهم يعملون بأنفسهم وإنما هو يقوم أيضاً على التدخل في أعمالهم وشؤونهم لتنظيمها عندما تقتضي الضرورة أو المصلحة ذلك ومن هنا كان مبعث الاتساع الحالي لنطاق علم القانون.

[1] المدخل إلى علم القانون/مهاب نجا/طرابلس-لبنان:دار الشمال(1990) ص 32

تمارين:

اشر إلى الجمل الصحيحة فيما يلي:

1. يمكن أن نتصور قيام مجتمع دون نظام صالح يبنى عليه.
2. يقوم المذهب الفردي على تقديس حرية الفرد تقديساً كاملاً.
3. يتسع نطاق القانون في ظل المذهب الفردي، لمنع الناس من تجاوز بعضهم على بعض.
4. النظريات الاشتراكية الحديثة تدعو الدولة إلى التدخل في شؤون الأفراد.

الإجابة الصحيحة: 2، 4.

الوحدة التعليمية الثالثة

تحديد مفهوم القانون

3- القواعد الآمرة والقواعد التكميلية أو المفسرة

الكلمات المفتاحية:

القواعد الآمرة – القواعد التكميلية أو المفسرة.

الملخص:

في هذا الجزأ سنلقي الضوء على نوعين هامين من أنواع القواعد القانونية وهما القواعد الآمرة والقواعد التكميلية أو المفسرة، والأحكام التي تتبع تنظيم النشاط الإنساني والعلاقات بين الأفراد في المجتمع، سواء كانت أحكام اتفاقية أو تعاقدية، أحكام تتضمنها القواعد المفسرة أو التكميلية، أحكام تتضمنها القواعد الآمرة، وأخيراً سنتعرف على مفهوم النظام العام، إضافة إلى الأسس التي تؤلف النظام الحيوي للمجتمع.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء، يجب أن يكون الطالب قادراً على:

1. التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد التكميلية.
2. إدراك القوة الإلزامية للقواعد التكميلية أو المفسرة.
3. إدراك مفهوم النظام العام.
4. التعرف على الأسس التي تؤلف النظام الحيوي للمجتمع.

تقسم القواعد القانونية إلى قواعد آمرة وقواعد تكميلية أو مفسرة[2].

أما القواعد الآمرة: (القواعد الناهية): فهي تهدف إلى حماية مصالح المجتمع الأساسية ولذلك لا يسمح للأفراد باستبعاد أحكامها وتبني أحكام غيرها فيما يجرونه من عقود أو تصرفات قانونية.

أما القواعد التكميلية أو المفسرة (قواعد معلنة):

فهي خلافاً للقواعد الآمرة، لا تهدف إلى حماية مصالح المجتمع الأساسية وإنما تتعلق مباشرة بمصالح الأفراد، ولذا يسمح لهؤلاء الأفراد باستبعاد أحكامها إذا شاءوا والأخذ بأحكام غيرها يختارونها بأنفسهم لأنهم الأولى بتقدير مصالحهم وطرق تحقيقها.

ونستطيع القول بوجود ثلاثة أنواع من الأحكام التي تتبع في تنظيم النشاط الإنساني والعلاقات بين الأفراد في المجتمع:

1 . الأحكام الاتفاقية أو التعاقدية.

2 . الأحكام التي تتضمنها القواعد المفسرة أو التكميلية.

3 . الأحكام التي تتضمنها القواعد الآمرة.

ونضرب المثال الآتي على هذه الأحكام:

إذا اتفق البائع والمشتري على أن يبيع الأول للثاني عقاراً يملكه وأن يدفع الثاني إلى الأول لقاء هذا العقار مبلغ خمسين ألف ليرة سورية، وأنهما اتفقا في عقد البيع على أن يدفع المشتري للبائع نصف ثمن العقار حين تسليمه إياه وأن يدفع النصف الآخر بعد ذلك على قسطين مثلاً.

كما اتفقا أيضاً على أن يدفع المشتري ثمن العقار بالعملة الذهبية.

فاتفاق كل من البائع والمشتري على دفع مبلغ خمسين ألف ليرة سورية لقاء ثمن العقار وهو حكم اتفاقي لم يخالف به قاعدة قانونية سابقة (لعدم وجود قاعدة تحدد ثمن العقار بالنسبة إليهما).

[2] - المدخل إلى علم القانون /عدنان جاموس / جامعة دمشق / 1985-1986 ص34 ، المدخل إلى العلوم القانونية أو النظرية العامة للقانون /محمد محمود عبد الله/ جامعة دمشق -1982-1983 ص 22- 28.

واتفاقهما على أن الثمن لا يدفع كله حين تسليم المبيع وإنما يتم دفعه على أقساط فهذا الاتفاق يخالف الحكم الذي تنص عليه قاعدة قانونية في المادة (425) ق. م التي تقضي بأن الثمن يكون ((مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع)) إلا أن هذه المخالفة جائزة لأن المادة (425) نصت على أن الحكم الوارد فيها يمكن للمتبايعين الاتفاق على خلافه. أي أن هذه القاعدة هي قاعدة تكميلية أو مفسرة لأنه يجوز الاتفاق على خلافها.

أما اتفاق كل من البائع والمشتري على أن يدفع المشتري ثمن العقار بالعملة الذهبية. فهو يخالف الحكم الذي تقرره قاعدة قانونية واردة في نص تشريعي يقضي بمنع التداول بالعملة الذهبية.

وهذه المخالفة غير جائزة لأن القاعدة القانونية الواردة في النص المشار إليه هي قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها وأي اتفاق من هذا القبيل يعتبر باطلاً.

و لمعرفة القاعدة القانونية فيما إذا كانت آمرة أم تكميلية، ننظر إلى عبارة النص الذي وردت فيه، فإذا وجدنا فيها ما يشير إلى أنه من غير الجائز مخالفة الحكم الذي تنص عليه (يعتبر باطلاً كل اتفاق مخالف) أو (بالرغم من كل اتفاق مخالف) كانت القاعدة آمرة.

أما إذا وجدنا عبارة (إلا إذا اتفق المتعاقدان على خلاف ذلك) أو (ما لم يكن هناك اتفاق مخالف) كانت القاعدة تكميلية أو مفسرة.

أما إذا لم يتبين نوعها من عبارة النص نلجأ إلى تقدير مدى صلة القاعدة بمصالح المجتمع الأساسية أو بمصالح الأفراد ثم تحديد نوعها على هذا الأساس فإذا كانت تتعلق بمصالح المجتمع تكون قواعد آمرة. وإذا تعلقت بمصالح الأفراد كانت قواعد تكميلية أو مفسرة[1].

وتعود تسمية القواعد الآمرة بهذا الاسم إلى أن الأحكام التي تفرضها هذه القواعد على الأشخاص هي أحكام مطلقة لا يجوز لهم مخالفتها أبداً.

أما القواعد التكميلية أو المفسرة فقد سميت كذلك لأن الأفراد قد لا يحددون في عقودهم أو اتفاقاتهم جميع الأمور والمسائل التفصيلية التي يمكن أن تنشأ عنها ولا يبينون أحكامها فتكون

[1] - مدخل إلى العلوم القانونية أو النظرية العامة للقانون /محمد محمود عبد الله/ جامعة دمشق -1982-1983 ص 26 .

إرادتهم غير ظاهرة أو جلية بالنسبة لهذه الأمور. ولهذا تأتي القواعد التكميلية أو المفسرة لتكمل إرادة هؤلاء الأفراد وتفسر ما خفي منها.

فهي تكميلية لأنها تكمل إرادة الأفراد بالنسبة للأمور التي لم يتعرضوا لذكرها في عقودهم ومفسرة لأنها تفسر هذه الإرادة حين لا يبينها الأفراد بأنفسهم.

القوة الإلزامية للقواعد التكميلية أو المفسرة

يجب أن لا نتوهم بأن القاعدة القانونية الآمرة هي وحدها التي تعتبر ملزمة والتي تحظى بتأييد الدولة، وأن القاعدة التكميلية أو المفسرة ليست ملزمة للأفراد ولا تستطيع الدولة فرضها عليهم بالقوة عند الاقتضاء.

لأن القواعد القانونية أياً كان نوعها، هي قواعد ملزمة، وهي قواعد مؤيدة بقوة الدولة وسلطانها ومن الممكن فرض احترامها على الناس فرضاً، وبدون هذا الشرط لا يمكن أن تعتبر قواعد قانونية بالمعنى الصحيح، بل هي تعتبر حينئذ مجرد قواعد أخلاقية أو مجاملة أو نحو ذلك[1].

أي أن الفرق بين القواعد الآمرة والتكميلية أو المفسرة ينحصر في أن القواعد الآمرة لا يمكن للأشخاص أن يتفقوا على خلافها في عقودهم. بينما يمكن لهم ذلك بالنسبة للقواعد التكميلية أو المفسرة.

فإذا اتفق هؤلاء الأشخاص على أحكام تختلف عن الأحكام التي تتضمنها القواعد التكميلية أو المفسرة في عقودهم طبقت عليهم هذه الأحكام التي اتفقوا عليها. وإذا لم يحدث بينهم مثل هذا الاتفاق طبقت عليهم الأحكام التي تتضمنها القواعد التكميلية أو المفسرة.

واعتبرت هذه القواعد بالنسبة إليهم حينئذ ملزمة لا يمكنهم التنصل من تطبيق أحكامها بل يرغمون على ذلك بقوة الدولة إذا اقتضى الأمر.

مفهوم النظام العام:

هو مجموعة الأسس الاجتماعية والاقتصادية والخلقية والسياسية والدينية التي يقوم عليها مجتمع من المجتمعات.

---

[1] - المدخل إلى القانون/حسن كيرة/الإسكندرية مصر:منشأة المعارف(1974) . ص 44

وبذلك يختلف مفهوم النظام العام من مجتمع إلى آخر بل ويتغير مفهومه ضمن المجتمع نفسه من زمان إلى آخر فهو ذو مفهوم نسبي متغير[2].

وإن القواعد القانونية الآمرة يطلق عليها أيضاً اسم القواعد المتعلقة بالنظام العام فهي آمرة لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الخروج عنها لأن المساس بها يشكل في الوقت نفسه مساساً بهذا النظام العام الذي تسعى إلى تحقيقه وحمايته.

ونحن نعلم أن القواعد الآمرة تهدف إلى حماية مصالح المجتمع الأساسية التي لا يسمح للأفراد بمخالفتها.

فمفهوم النظام العام إذاً تتمثل فيه هذه المصالح الأساسية للمجتمع، والقانون حين يجعل طائفة من قواعده آمرة لا يجوز لأحد مخالفتها فهو إنما يفعل ذلك لأن هذه القواعد تهدف إلى حماية النظام العام في المجتمع وبالتالي حماية المصالح الأساسية لهذا المجتمع.

ولكن ما هي الأسس التي تؤلف النظام الحيوي للمجتمع ؟ أو ما هي المصالح الأساسية التي يسعى المجتمع إلى تحقيقها ؟

إن المصالح الأساسية للمجتمع تتجلى عادة بالنسبة للقانون المعاصر بالأمور التالية[1]:

1 . حماية الفرد في كل ما يتصل بحياته وسلامة أمنه وحريته.

مثلاً: القاعدة التي تقضي بتحريم الرق تعتبر قاعدة آمرة من النظام العام لأنها تهدف إلى حماية حرية الإنسان.

2 . حماية الدولة ومؤسساتها القانونية ونظام الحكم فيها:

وعلى هذا فإن جميع قواعد القانون العام التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها قواعد آمرة من النظام العام.

---

[2] - المدخل إلى القانون/حسن كيرة/الإسكندرية مصر:منشأة المعارف(1974) . ص 47

[1] -ا لمدخل للعلوم القانونية: (النظرية العامة للقانون.والنظرية العامة للحق)\توفيق حسن فرج/ بيروت لبنان:/الدار الجامعية (1988)

3 . حماية العائلة وإقامتها على أساس سليم، فالقواعد التي تنظم أمور العائلة هي قواعد آمرة من النظام العام.

4 . حماية الأخلاق والآداب العامة: أي أن كل اتفاق يمس هذه الأخلاق يعتبر باطلاً لأنه يمس في نفس الوقت النظام العام في المجتمع.

5 . حماية بعض المصالح الاقتصادية والاجتماعية: وسن القواعد الآمرة لحمايتها، كما في قواعد قانون العمل التي تنظم علاقات أرباب العمل بالعمال.

مثلا إن تعدد الزوجات في سورية هو من النظام العام فلا يستطيع أحد أن يتفق على تحريم التعدد (تعدد الزوجات في سوريا قاعدة آمرة).

أما في فرنسا تحريم تعدد الزوجات هو من النظام العام لا يستطيع أحد أن يتفق على التعدد (تحريم تعدد الزوجات في فرنسا قاعدة آمرة).

تمارين:

حدد التعريف الصحيح من بين التعاريف الآّتية :

1. القواعد الآمرة: هي قواعد تهدف إلى حماية مصالح المجتمع الأساسية ولذلك لا يسمح للأفراد باستبعاد أحكامها وتبني أحكام غيرها فيما يجرونه من عقود أو تصرفات قانونية .

2. القواعد التكميلية: هي القواعد التي تتعلق مباشرة بمصالح الأفراد ولا تهدف إلى حماية مصالح المجتمع الأساسية، ولا يسمح لهؤلاء الأفراد باستبعاد أحكامها والأخذ بأحكام غيرها .

3. مفهوم النظام العام: هو مجموعة الأسس الاجتماعية والاقتصادية والخلقية والسياسية والدينية التي تقوم عليها كل المجتمعات.

الجواب الصحيح هو التعريف الأول.

الوحدة التعليمية الرابعة

تحديد مفهوم القانون

4- القانون والأخلاق

الكلمات المفتاحية:

قواعد القانون – قواعد الأخلاق.

الملخص:

سنبحث في هذا الجزأ العلاقة بين القانون وعلم الأخلاق وكيف يشارك علم الأخلاق القانون في مهمة التنظيم الاجتماعي، وذلك بتحديد الفوارق بين القواعد القانونية والأخلاقية من حيث نطاق التطبيق، من حيث الشدة، ومن حيث المؤيد أو الجزاء، حيث تتميز القواعد القانونية بأنها مؤيدة من قبل الدولة، أما القواعد الأخلاقية فإن الذي يفرضها على المرء هو ضميره ووجدانه أو الضمير العام في المجتمع ولكن دون تدخل الدولة.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء، يجب أن يكون الطالب قادراً على:

- تعريف قواعد القانون.
- تعريف قواعد الأخلاق.
- تحديد الفوارق بين القواعد القانونية والأخلاقية.

مقارنة القانون بالأخلاق:

تقوم بجانب قواعد القانون قواعد أخلاقية تلعب دوراً كبيراً في تنظيم علاقات الناس في المجتمع وتحدد سبل سيرهم وسلوكهم. ولكن التفريق بين القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية لم يحدد بصورة عملية واضحة إلا في العصور الحديثة وخاصة في القرن الثامن العشر أما في العصور السابقة فقد كان التداخل بينهم كبيراً لحد يصعب التفريق معه بينهما.

ولقد عرف الرومان نوعاً ما هذا التفريق حيث قال الفقيه (بول): إن ما يسمح به القانون لا يكون دائماً موافقاً للأخلاق وهو يعني بذلك وجود فرق بين القانون والأخلاق[1].

وفي العصور القديمة كان الدين هو المسيطر بين أغلب الشعوب وكان ما يأمر به الدين يعتبر في الوقت ذاته موافقاً للأخلاق وواجب الإتباع من الجهة القانونية.

وفي عصرنا الحاضر وبالرغم من التداخل الكبير بين القانون والأخلاق حيث أن قواعد القانون في أغلبها مستمدة من قواعد الأخلاق (فالقواعد التي تأمر بعدم السرقة هي قواعد أخلاقية وقانونية في ذات الوقت).

فقد حاول فقهاء القرن الثامن عشر وبخاصة (توماسيوس) و(كانت) بيان بعض الفوارق وهي فوارق يؤدي إليها اختلاف الغاية والهدف بالنسبة إليهما[2].

فالأخلاق تهدف إلى تحقيق الطمأنينة والسلامة الداخلية للإنسان وبلوغ الكمال الفردي.

والقانون يهدف إلى تحقيق الطمأنينة والسلامة العامة أو الخارجية وتأمين النظام في المجتمع.

وعلى ما تقدم تبدو الفوارق بين القواعد القانونية والأخلاقية فيما يلي:

أ- اختلاف القانون والأخلاق من حيث النطاق:

إن نطاق القانون في الواقع أقل سعة من نطاق الأخلاق، ذلك أن القانون إنما يهتم فقط بقسم من أفعال الإنسان وتصرفاته وهذا القسم يتضمن التصرفات التي تدخل في نطاق سلوكه الاجتماعي.

---

[1] - أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون/عبد الرزاق احمد السنهوري-احمد حشمت أبو ستيت/ القاهرة-مصر:لجنة التأليف والترجمة(1941) ص 18

[2] - المدخل إلى علم القانون/تأليف عباس الصراف-جورج حزبون/عمان- الأردن:مكتبة دار الثقافة(1991) ص 18- 20

بينما تشمل القواعد الأخلاقية هذا النوع من تصرفات الإنسان وتصرفاته الخاصة التي تدخل في نطاق سلوكه الفردي حتى ولو لم يكن لها أثر على علاقاته بالآخرين.

وعلى هذا نستطيع أن نميز بين ثلاثة مناطق بين القانون والأخلاق من حيث النطاق[1]:

أ . منطقة مشتركة بين القانون والأخلاق:

وهي تلك التي تتعلق بتصرفات الإنسان في المجتمع وصلاته بالغير كالقواعد المتعلقة باحترام حقوق وملكيات الآخرين ومنع ارتكاب الجرائم فهي قواعد يفرضها القانون والأخلاق معاً.

ب . منطقة خاصة بالأخلاق دون القانون:

وهي التي تتعلق بسلوك الإنسان وتصرفاته الفردية التي لا تأثير لها على صلاته بالآخرين.

كالحث على الصدق والشجاعة، فهي عبارة عن قواعد تفرضها الأخلاق وحدها دون القانون. لأنها لا تؤثر على صلاته بالآخرين وعلى حياته الاجتماعية.

وعلى هذا فإن القاعدة تظل تعتبر أخلاقية لا قانونية طالما أنها تتعلق بالفرد وحده دون أن تؤثر على الآخرين في المجتمع، أما إذا امتد تأثيرها إلى هؤلاء فتصبح قاعدة أخلاقية قانونية معاً.

فالأخلاق مثلاً تستنكر الكذب العادي الذي لا ينجم عنه ضرر للغير ولكن القانون لا يعاقب عليه، أما إذا نجم عن هذا الكذب ضرراً للغير كما في شهادة الزور، فلا يكون منع هذا الكذب قاعدة أخلاقية فقط بل قاعدة أخلاقية وقانونية معاً. وكذلك الأمر بالنسبة للأفعال الأخلاقية الأخرى كالجبن والفرار وما إلى ذلك.

ج . منطقة خاصة بالقانون دون الأخلاق:

كما في القواعد المتعلقة بتنظيم السير التي يفرضها القانون لتأمين النظام وتجنب الصدمات والحوادث.

---

[1] ـ المدخل إلى القانون/رمضان محمد أبو السعود-محمد حسين منصور/بيروت-لبنان:منشورات الحلبي الحقوقية(2003) ص 29-32.

ب–اختلاف القانون والأخلاق من حيث الشدة:

إذا كانت هنالك منطقة مشتركة بين القانون والأخلاق، وهي تلك التي تتعلق بتصرفات الإنسان ذات الصلة بحياته الاجتماعية وعلاقته بالآخرين في المجتمع، فإن القواعد القانونية قد تختلف في بعض الأحيان عن القواعد الأخلاقية في هذا المجال وتكون أقل شدة منها وأكثر تساهلاً بسبب مقتضيات المصلحة والضرورة.

وهنا يثور التساؤل التالي: لماذا تختلف قواعد القانون عن قواعد الأخلاق في حقل التنظيم الاجتماعي ؟

لأن الأخلاق تهدف دوماً إلى الإصلاح التام والكمال المطلق بينما يحرص القانون على مراعاة اعتبارات أخرى كالمصلحة والنفع إلى جانب المثل الأخلاقية التي يحاول تحقيقها.

فالأخلاق مثلاً لا ترض أن يمتنع إنسان عن وفاء دينه مهما مر على هذا الدين من مدة أو زمن دون المطالبة به من صاحبه، أما القانون فإنه يبيح لهذا الإنسان أن يمتنع عن وفاء دينه بعد فترة معينة من الزمن إذا لم يطالبه به صاحبه خلال هذه الفترة وهذا ما يسمى بالتقادم لأنه يعتبر أن المصلحة تقتضي بألا تظل المنازعات القانونية قائمة دوماً ومستمرة.

وكذلك قد يعتبر منافياً للأخلاق أن يغبن البائع المشتري غبناً فاحشاً في ثمن ما يشتريه منه، ولكن القانون قد لا يمانع هذا الغبن إلا في ظروف خاصة، حرصاً على المصلحة التي تقضي باستقرار المعاملات وعدم إفساح المجال لإبطال العقود بصورة واسعة[1].

وقد أشار الفقيه الفرنسي بورتاليس إلى هذا المعنى حيث قال:

" ما لا يكون مخالفاً للقوانين فهو مشروع، ولكن ليس كل ما هو مطابق للقوانين يكون شريفاً دوماً، لأن القوانين إنما تهتم بالمصلحة السياسية للمجتمع أكثر من اهتمامها بالكمال الخلقي للإنسان ".

---

[1] - وقد أشار الفقيه الفرنسي بورتاليس إلى هذا المعنى حيث قال :

" ما لا يكون مخالفاً للقوانين فهو مشروع، ولكن ليس كل ما هو مطابق للقوانين يكون شريفاً دوماً، لأن القوانين إنما تهتم بالمصلحة السياسية للمجتمع أكثر من اهتمامها بالكمال الخلقي للإنسان "، دخل إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق /2003-2004. ص 39

ج- اختلاف القانون والأخلاق من حيث المؤيد أو الجزاء:

إن القواعد القانونية تتميز بأنها مؤيدة من قبل الدولة التي تستطيع فرضها بالقوة، أما القواعد الأخلاقية فإن الذي يفرضها على المرء هو ضميره ووجدانه أو الضمير العام في المجتمع ولكن بدون تدخل الدولة، فالإنسان يمتنع عن الكذب لأنه يكرهه أو خشية احتقار الناس له.

ولكن على الرغم من الفوارق بين الأخلاق والقانون فالصلة بينهما قوية جداً، ذلك لأن القاعدة الأخلاقية تحاول دوماً أن تصبح قاعدة قانونية والقواعد القانونية مستمدة في أغلبها من الأخلاق مما يمكننا من القول أن القانون ليس سوى الأخلاق حين ترتدي صبغة إلزامية.

تمارين:

- التعابير المتناسبة مع الأخلاق، القانون:

الأخلاق: تحقيق الطمأنينة والسلامة الداخلية للإنسان وبلوغ الكمال الفردي المطلق، الإصلاح التام.

القانون: تحقيق الطمأنينة والسلامة العامة أو الخارجية وتأمين النظام في المجتمع، يحرص على مراعاة اعتبارات أخرى، إلى جانب المثل الأخلاقية التي يحاول تحقيقها.

الوحدة التعليمية الخامسة

أســـس القانــون

1- المذاهب الشكلية

الكلمات المفتاحية:

المذهب الشكلي – القواعد القانونية – الدولة.

الملخص:

سنحاول في هذا الفصل إعطاء لمحة حول المذاهب الشكلية وكيف تنظر إلى القانون كمجموعة قواعد تقرها السلطة العامة أو الدولة فتعالجها على هذا الأساس دون أن تحاول التغلغل إلى ما وراء هذه القواعد للبحث في أسباب وعوامل نشوء تلك القواعد على هذا النحو.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء، يجب أن يكون الطالب قادراً على تحديد المقصود من:

- النظرية الشكلية.
- تقدير النظرية.
- السلطة العامة أو الدولة.

سنحاول في هذا الجزء اعطاء لمحة موجزة عن أهم المذاهب والمدارس التـي تولت البحث في أسس القانون وعرض آرائها ونظرياتها المختلفة عرضا سريعا وفقا لما يلي:

- المذاهب الشكلية
- مدرسة القانون الطبيعي
- المدرسة التاريخية
- مذهب التضامن الاجتماعي
- مذهب العلم والصياغة

المذاهب الشكلية

أ- عرض النظرية

هذه المذاهب لا تبحث عن الأسس الخفية التي يقوم عليها القانون والعوامل العميقة التي تؤثر في وجوده بل تنظر فقط إلى القانون بوجهه الظاهر كمجموعة قواعد تقرها السلطة العامة أو الدولة فتعالجها على هذا الأساس دون أن تحاول التغلغل إلى ما وراء هذه القواعد للبحث في أسباب وعوامل نشوء تلك القواعد على هذا النحو.

والقواعد القانونية وفقاً لهذه المذاهب هي التي تتبناها الدولة فعلاً وتفرضها (وتسمى بالقواعد القانونية الوضعية) وإذا أراد الباحث أن يبحث بها فعليه أن يبحث دون أن يتعداها إلى ما ورائها[1].

وهذا القواعد جاءت موافقة لإرادة المشرع الممثلة لإرادة الدولة فالدولة هي المصدر الحقيقي للقواعد القانونية وهي أساسها الأول, وكل ما تعتبر الدولة من زمرة القانون يدخل في نطاقه فالقانون ما هو إلا مشيئة الهيئة الحاكمة أو الدولة ولا حاجة للبحث عن أسس أخرى فيما عدا هذه المشيئة.

وأهم فلاسفة هذا المذهب[2]:

الفقيه الإنكليزي "أوستن" الذي يستمد مذهبه من نظريات الفيلسوف "هوبز".

الفيلسوف هيجل الألماني.

الفقيه النمساوي كيلسن.

بعض الفقهاء الفرنسيين أنصار النظرية الوضعية وخاصة (ده مالبر . فالين).

ب- تقدير النظرية

على الرغم من أن المذاهب الشكلية تتضمن نصيباً من الصحة ولكنها في نفس الوقت يمكن أن تعتبر خطرة وغير كافية:

أما أنها تعد صحيحة:

---

[1] - للتوسع في هذه المذاهب راجع المدخل للعلوم القانونية/أنطوان قسيس/حلب-سوريا:جامعة حلب(1967) .ص 22-40.

[2] - أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون/عبد الرزاق احمد السنهوري-احمد حشمت أبو ستيت/ القاهرة-مصر:لجنة التأليف والترجمة(1941) . ص 24

لأن القانون مرتبط بالدولة ومتصل بها كل الصلة وعلى هذا يجب أن تعتبر من زمرة القانون كل ما تعتبره الدولة كذلك وأن يعتبر خارجاً عنها كل ما لا ترضى الدولة أن تعتبره فتبنّي الدولة للقواعد القانونية أو إقرارها إياها هو المعيار الأكيد المباشر الذي يدلنا على صحة هذه القاعدة.

أم أنها تعد خطرة:

لأن المغالاة في الأخذ بهذه المذاهب قد يؤدي إلى تبرير استبداد الدولة وسيطرتها المطلقة أو إذا كان القانون هو مشيئة الدولة فقط فلا مجال بعدئذ إلى الشك في قيمة هذا القانون ومناقشته ما دام قد صدر عن الدولة ذات السلطان المطلق وصاحبة الكلمة الأولى والأخيرة في هذا الشأن.

فالدولة بحسب هذه المذاهب . وخاصة المتطرفة منها كالمذاهب الألمانية . هي كل شيء وكل ما يصدر عنها من قواعد قانونية لا سبيل إلى الطعن فيه وهذا مما يؤدي أحياناً إلى تبرير بعض القواعد الصادرة عن الدولة التي قد لا تحقق العدل تماماً أو لا تحقق المصلحة العامة.

لماذا تعتبر المذاهب الشكلية غير كافية لتفسير أسس القانون؟

ذلك لتوقفها حين البحث عن هذه الأسس عند إرادة الدولة فقط واعتبار إياها الأساس الوحيد الذي يبنى عليه هذا القانون دون أن تحاول التعمق إلى ما وراءها والبحث عن العوامل الحقيقية التي تؤدي إلى نشوء القانون والأسس البعيدة التي يبنى عليها.

فإذا كانت الدولة هي الأساس المباشر الذي يبنى عليه القانون, فمن المهم أن نعرف ما هي الاعتبارات والعوامل التي تؤثر على إرادة الدولة نفسها حين انتقائها للقواعد القانونية, لأن الدولة لا تضع هذه القواعد اعتباطاً وإنما هي تقيمها على أسس ترتكز إليها وتبررها.

ومن هنا يتبين لنا عدم إمكان الاكتفاء بالمذاهب الشكلية وضرورة البحث فيما وراء إرادة الدولة عن الأسس العميقة التي يبنى عليها القانون.

تمارين:

حدد المفاهيم الصحيحة مما يلي:

1. المذاهب الشكلية لا تبحث عن الأسس الخفية التي يقوم عليها القانون والعوامل المؤثرة في وجوده.
2. تعتبر المذاهب الشكلية كافية لتفسير أسس القانون.
3. تنظرالمذاهب الشكلية إلى القانون بوجهه الظاهر كمجموعة قواعد تقرها السلطة العامة أو الدولة.
4. إرادة الدولة هي الأساس الوحيد والمباشر الذي يبنى عليه هذا القانون.

الإجابات الصحيحة 1 ، 3.

الوحدة التعليمية السادسة

أسس القانون

2- مدرسة القانون الطبيعي

الكلمات المفتاحية:

نظرية القانون الطبيعي – مبادئ القانون الطبيعي.

الملخص:

تعتبر نظرية القانون الطبيعي إحدى أهم نظريات البحث في أساس القانون، فالقانون المدني يأخذ القانون الطبيعي كمصدر أخير للقواعد القانونية، يلجأ إليه القاضي للحكم بموجبه حين فقدان المصادر الأخرى، وبالتالي فإن لمبادئ القانون الطبيعي فائدة عملية خاصة من حيث إمكان تطبيقها مباشرة من قبل القاضي بالإضافة إلى فائدتها الأصلية كأسس مثالية ترتكز عليها القواعد القانونية الوضعية.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزأ يجب أن يكون الطالب قادراً على التعرف على:

1. نظرية القانون الطبيعي.
2. تقدير النظرية (ميزاتها، وعيوبها).
3. تطور النظرية.

أ- عرض النظرية:

تعتبر هذه النظرية من أهم النظريات التي وجدت للبحث في أساس القانون فقد اعتبر قانوننا المدني القانون الطبيعي مصدراً أخيراً للقواعد القانونية يلجأ إليه القاضي للحكم بموجبه حين فقدان المصادر الأخرى وبالتالي فإن لمبادئ القانون الطبيعي فائدة عملية خاصة من حيث إمكان تطبيقها مباشرة من قبل القاضي بالإضافة إلى فائدتها الأصلية كأسس مثالية ترتكز عليها القواعد القانونية الوضعية.

ويرجع تاريخ هذه النظرية إلى عهد بعيد فقد عرفها اليونان والرومان وعرفها القانون الكنسي في القرون الوسطى ولكنها اكتسبت شكلها العلمي في القرن السابع عشر, وقد نادى بها عدد كبير من الفقهاء والفلاسفة وعلى رأسهم الهولندي غروسيوس[1].

ومما زاد في أهمية هذه النظرية وانتشارها أن الثورة الفرنسية قد تبنتها وأخذت بها في مبادئها، وتتلخص هذه النظرية في النقاط التالية[2]:

1- تعتقد هذه النظرية أن هنالك إلى جانب القواعد القانونية الوضعية المطبقة فعلاً قواعد مثالية عادلة تسمو على القواعد الوضعية وتفرضها طبيعة الأشياء نفسها بالنسبة لعلاقة البشر فيما بينهم ومن هنا سميت النظرية القانون الطبيعي.

2- هذه القواعد التي تفرضها الطبيعة نفسها إنما يدلنا عليها ويكتشفها العقل السليم.

3- هذه القواعد مطلقة ثابتة لا تتغير ولا تزول فهي عامة بالنسبة لجميع الشعوب وواحدة بالنسبة لجميع الأزمنة.

4- إن هذه القواعد هي التي يجب أن تفرض نفسها وتهيمن على القواعد الوضعية فهي الأساس الذي يجب أن تستند إليه القواعد الوضعية لكي تكون واجبة الاحترام عليها ألا تخالف مبادئ القانون الطبيعي وتحرص على تطبيقها.

ونعرض لبعض الأمثلة التي تعتبر من مبادئ وقواعد القانون الطبيعي:

1 . احترام الحرية والملكية والسلامة الإنسانية.

2 . احترام المواثيق والعهود والوفاء بها.

3 . فرض تعويض عادل عن الأضرار التي يلحقها شخص بآخر بدون حق.

---

[1] - أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون/عبد الرزاق احمد السنهوري-احمد حشمت أبو ستيت/ القاهرة-مصر:لجنة التأليف والترجمة(1941) .ص 45

[2] - خل للعلوم القانونية/أنطوان قسيس/حلب-سوريا:جامعة حلب(1967) ص 48 .

وهذه الأمور تعتبر طبيعية لأن العقل يرشدنا على صحتها حتى ولو لم تنص عليها القواعد القانونية الوضعية.

وتؤمن هذه النظرية بأن هناك حقوقاً أساسية فطرية للإنسان يستمدها من طبيعته ذاتها كانسان أهمها:

الحق في الحرية الذي تعتبره حقاً مقدساً لا يجوز النيل منه أو التجاوز عليه حتى من قبل الدولة نفسها.

وبالتالي فإن هناك صلة قوية تربط بين مذهب القانون الطبيعي والمذهب الفردي الذي يدعو أيضاً إلى تقديس الحرية.

ب- تقدير النظرية:

1 . ميزاتها:

إن نظرية القانون الطبيعي نظرية ذات طابع إنساني أو مثالي وقد ساعدت كثيراً على مقاومة الطغيان والاستبداد.

وهي على نقيض المذاهب الشكلية, إذ تعتبر أن هنالك مبادئ وقواعد عادلة تفرضها طبيعة الأشياء ويكتشفها العقل السليم ولا تتغير في الزمان أو المكان تحاول أن تجعل من فكرة العدالة مثلاً أعلى منفصلاً عن إرادة الدولة لا منبعثاً عنها, بل هي تحاول أن تحد من إرادة الدولة نفسها ومن سلطانها حين توجب عليها أن تستلهم في قواعدها القانونية التي تضعها مبادئ القانون الطبيعي المثالية العادلة وألا تخالفها في حال من الأحوال[1].

2 . عيوبها:

إن الاعتقاد بوجود مبادئ مثالية مطلقة ثابتة في الزمان والمكان هو أمر فيه الكثير من الإغراق في التفاؤل والبعد عن الواقع. فالواقع يدلنا على أن هذه المبادئ نسبية لا مطلقة, فما نعتبره قانوناً طبيعياً في عصر من العصور أو بالنسبة لشعب من الشعوب قد لا يعتبر كذلك في عصر غيره أو بالنسبة لشعب آخر.

فنظام الرق مثلاً الذي نعتبره اليوم من أشد الأنظمة مخالفة لمبادئ القانون الطبيعي قد ساد زمناً طويلاً بالنسبة لأغلب شعوب العالم دون أن يستنكره العقل البشري آنذاك أو يأباه وفي هذا دليل

---

[1] – المدخل للعلوم القانونية: (النظرية العامة للقانون.والنظرية العامة للحق)\توفيق حسن فرج/ بيروت لبنان:/الدار الجامعية (1988) .ص 103

واضح على أن المبادئ التي نسميها بمبادئ القانون الطبيعي هي أقرب ما تكون في الواقع إلى معتقداتنا وآرائنا الشخصية التي نؤمن بها منها إلى مثل عليا ثابتة لا تتغير.

ج- تطور النظرية:

القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير والتي يعتبر أكبر مؤسسيها الفيلسوف الألماني ستاملر.

حاولت النظرية الجديدة أن تبقي على فكرة وجود القانون الطبيعي ولكن دون أن تعتبر أن المبادئ التي يتضمنها بمثابة هي مبادئ ثابتة مطلقة, بل اعترفت بنسبية هذه المبادئ وإمكانية تطورها[1].

لكن هذا التطوير الذي طرأ عليها كاد أن يبعد النظرية عن هدفها الأصلي الذي ترمي إليه وأن يفقدها الكثير من أهميتها إذ أن هدف النظرية هو إقامة أسس ثابتة ومبادئ مثلى مطلقة للقواعد القانونية الوضعية أما أنصار التطوير فقد نادوا بنسبية الأسس وقابليتها للتغيير.

ومهما يكن من أمر هذه الانتقادات فإن نظرية القانون الطبيعي يظل لها الفضل الأكبر في أنها نبهت الأذهان إلى ضرورة التمسك بمبادئ مثلى تخضع لها القواعد القانونية الوضعية وهذه المبادئ والمثل إنما تدور كلها حول فكرة العدالة ذاتها وتنصهر فيها[2].

---

[1] - المدخل للعلوم القانونية: (النظرية العامة للقانون.والنظرية العامة للحق)\توفيق حسن فرج/ بيروت لبنان:/الدار الجامعية (1988) .ص 104

[2] - المدخل إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق /2003-2004. ص 56

تمارين:

حدد المفهوم الصحيح من ما يلي:

1. قواعد القانون الطبيعي متغيرة وليست عامة بالنسبة لجميع الشعوب ومختلفة بالنسبة للأزمنة .

2. تعتقد هذه النظرية أن هنالك إلى جانب القواعد القانونية الوضعية المطبقة فعلاً قواعد مثالية عادلة تسمو على القواعد الوضعية وتفرضها طبيعة الأشياء نفسها بالنسبة لعلاقة البشر فيما بينهم ومن هنا سميت النظرية القانون الطبيعي.

3. القواعد الوضعية هي التي يجب أن تفرض نفسها وتهيمن على القواعد الطبيعية فهي الأساس الذي يجب أن تستند إليه القواعد الطبيعية لكي تكون واجبة الاحترام عليها ألا تخالف مبادئ القانون الوضعي وتحرص على تطبيقها.

الإجابة الصحيحة رقم 2.

الوحدة التعليمية السابعة

أسس القانون

3- المدرسة التاريخية

الكلمات المفتاحية:

النظرية التاريخية – العرف.

الملخص:

لا تؤمن النظرية التاريخية، المعارضة لنظرية القانون الطبيعي، بوجود أسس ثابتة يدل عليها العقل ويرتكز إليها القانون الوضعي بل ترى أن القانون ينشأ عفوياً بفعل القوى الداخلية الكامنة في المجتمع.

الأهداف التعليمية:

يتعرف الطالب من خلال هذا الجزء على:

- النظرية التاريخية.
- تقدير النظرية التاريخية (ميزاتها، وعيوبها).

أ- عرض النظرية

اشتهرت هذه النظرية في مطلع القرن التاسع عشر وجاءت كرد فعل لنظرية القانون الطبيعي التي تبنتها الثورة الفرنسية ولحركة التشريع الواسعة التي أخذت بالتزايد والانتشار في ذلك الوقت.

- أخذ بهذه النظرية عدد كبير من الفقهاء الألمان وعلى رأسهم سافيني والذي أوضح مبادئه في رسالة شهيرة رد فيها على الفقيه تيبو الذي كان يدعو إلى تبني قانون مدني ألماني شبيه بالفرنسي.
- وتقوم هذه النظرية على الاعتقاد بأن القانون من صنع الزمن ويتطور وفقاً لتطور المجتمع وحاجاته وأنه لا توجد قواعد ثابتة عامة بالنسبة لجميع الشعوب وجميع العصور وإنما هنالك نظم قانونية مختلفة يختص كل منها بأمة من الأمم وهو يتصل بتاريخها وماضيها ويتطور معها كما تتطور اللغة والتقاليد وسائر العلاقات الاجتماعية[1].
- فالنظرية التاريخية تعارض نظرية القانون الطبيعي ولا تؤمن بوجود أسس ثابتة يدل عليها العقل ويرتكز إليها القانون الوضعي بل ترى بأن القانون ينشأ عفوياً بفعل القوى الداخلية الكامنة في المجتمع.

فالشعب على مر العصور هو الذي ينشأ قواعده القانونية تبعاً لحاجاته.

والنظام القانوني في كل أمة إنما هو عصارة ماضيها ووليد تراثها التاريخي[2].

ب-تقدير النظرية

1. ميزاتها:

إن النظرية التاريخية تتضمن جانب كبير من الصحة من حيث أنها تبين أثر المجتمع في تكوين النظم القانونية وتطورها ومدى اختلاف هذه النظم باختلاف الأزمنة.

2 . عيوبها[3]:

من أهم الانتقادات التي وجهت للنظرية التاريخية:

أ- إن النظرية التاريخية إذ تعتبر أن النظم القانونية تنشأ وتتطور بصورة عفوية بفعل القوى الداخلية الكامنة في المجتمع إنما تنكر في الوقت نفسه أثر الإرادة الإنسانية الواعية في

---

[1] - أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون/عبد الرزاق احمد السنهوري-احمد حشمت أبو ستيت/ القاهرة-مصر:لجنة التأليف والترجمة(1941) .ص 50

[2] - المدخل للعلوم القانونية/أنطوان قسيس/حلب-سوريا:جامعة حلب(1967) . ص 54- 56

[3] – المدخل للعلوم القانونية: (النظرية العامة للقانون.والنظرية العامة للحق)\توفيق حسن فرج/ بيروت لبنان:/الدار الجامعية (1988) . ص 113

إنشاء هذه النظم وتطورها وفي الواقع يقول أيهرنج أن التطور لا يتم دوماً من تلقاء نفسه ولكن بعد صراع عنيف سعياً وراء غاية مرسومة, كما أن أغلب المبادئ القانونية السائدة في عصرنا كإلغاء الرق مثلاً لم يتم اكتسابها عفوياً ولكن بعد صراع مرير من أجلها, فالإنسان يلعب دوراً إيجابياً في إيجاد القانون وتطوره.

ب- تعتبر النظرية التاريخية أن خير مصدر للقواعد القانونية هو العرف الذي يتبع المجتمع في تطوره ويخضع له, وهي تنظر نظرة المرتاب إلى التشريع لأنه بإقراره قواعد ثابتة يحد من التطور الطبيعي للقانون ويعيق تقدمه كما ترى أن دور التشريع يجب أن لا يتعدى إقرار ما تقضي به الأعراف وتبنيه.

ولكن من المغالاة اعتبار التشريع يعيق دوماً تطور القانون وخاصة في عصرنا الذي أصبح من السهل فيه إصدار التشريعات المختلفة في شتى المناسبات ووفقاً لتطور الحاجات الاجتماعية كما أنه من الخطأ القول أن التشريع يجب أن يقتصر فقط على إقرار الأعراف وتبنيها إذ كثيراً ما نجد أن التشريع يأتي ليعدل في هذه الأعرف أو ليلغيها حين يجد المشرع أنها لم تعد تناسب مصلحة المجتمع[1].

ت- إن النظرية التاريخية تؤكد أن هنالك لكل أمة نظاماً قانونياً خاصاً بها يخضع لمؤثراتها الداخلية وهو الوحيد الذي يلائمها ويفي بحاجاتها وهي في الوقت نفسه تنفي إمكانية اقتباس الأمم بعضها من بعض بالنسبة لهذه النظم.

فإذا كانت النظم القانونية تتأثر بالبيئة فإن هذا التأثير ليس كبيراً إلى الحد الذي يصعب معه كل تقارب أو اقتباس بينها.

بل إن التجارب قد أثبتت أنه من الممكن في كثير من الأحيان أن تتبنى أمة من الأمم قوانين أمة غيرها وأن تطبقها لديها وتستفيد مما تتضمنه من مبادئ وقواعد كما فعلت بلادنا عندما استمدت التشريعات المدنية والتجارية والجزائية الحديثة من التشريعات الأجنبية.

[1] -.وهذا ما سنبينه لاحقا عند دراستنا للتشريع والعرف في بحث مصادر القانون من هذا الكتاب.

تمارين:

تحدث عن عيوب المدرسة التاريخية

الوحدة التعليمية الثامنة

أسس القانون

4- مذهب التضامن الاجتماعي

الكلمات المفتاحية:

التضامن الاجتماعي – مبدأ ديجي.

الملخص:

حاولت مدرسة التضامن الاجتماعي أن تتبنى دراسة العلوم الاجتماعية ومن بينها علم القانون، الطريقة العلمية المتبعة في دراسة العلوم الطبيعية القائمة على الملاحظة والتجربة، والقواعد القانونية توجد وتتطور لتحقق التضامن الاجتماعي في أحسن صوره وكل ما من شأنه تحسين هذا التضامن يجب على القواعد القانونية أن تتبناه.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزأ يجب على الطالب أن يكون قادراً على:

1. معرفة مذهب التضامن الاجتماعي.
2. المقارنة بين نظريتي التضامن الاجتماعي والقانون الطبيعي.
3. معرفة مبدأ ديجي.
4. تقدير نظرية التضامن الاجتماعي (ميزاتها، عيوبها).

أ- عرض النظرية

إن صاحب هذه النظرية هو الفقيه الفرنسي ديجي الذي يعد من أنصار المدرسة الوضعية العلمية التي يتزعمها الفيلسوف أوغست كونت.

وقد حاولت هذه المدرسة أن تتبنى في دراسة العلوم الاجتماعية ومن بينها علم القانون الطريقة العلمية المتبعة في دراسة العلوم الطبيعية القائمة على الملاحظة والتجربة, وقد حاول ديجي في دراسته للعوامل التي تؤدي إلى نشوء القواعد القانونية وتطورها أن يتوصل إلى تقرير بعض الحقائق العلمية ليستنتج منها نظريته عن التضامن الاجتماعي[1].

الحقائق الأولية التي بنى عليها ديجي نظريته:

هي وجود مجتمع بشري لا يمكن للإنسان أن يعيش منعزلاً عنه من جهة ووجود تضامن بين أفراد المجتمع الواحد تفرضه عليهم طبيعة الحياة المشتركة من جهة ثانية وهذا التضامن هو:

– تضامن بسبب التقسيم في العمل.

– تضامن بسبب التشابه في الحاجات.

فتشابه حاجات الناس وتعددها وتوزيع العمل فيما بينهم لتأمين الحاجات التي لا يستطيع كل منهم أن يؤمنها بمفرده هما السبب في تعاونهم على العيش المشترك وتضامنهم الذي يفرضه عليهم نمط حياتهم.

ومن هنا وصل ديجي إلى النتيجة التالية:

القواعد القانونية توجد وتتطور لتحقق التضامن الاجتماعي في أحسن صوره وكل ما من شأنه تحسين هذا التضامن يجب على القواعد القانونية أن تتبناه.

نتيجة أساسية في نظرية التضامن الاجتماعي:

فكرة التضامن الاجتماعي هي الأساس الصحيح الذي يجب أن تبنى عليه القواعد القانونية.

[1] - المدخل للعلوم القانونية/أنطوان قسيس/حلب-سوريا:جامعة حلب(1967) .ص 58- 60

وحسب هذه النظرية إن ما يرينا مدى ملاءمة القواعد القانونية لهذه النظرية (هو البحث في ضمير أفراد المجتمع الذي توضع من أجله فإذا تأكد لدينا شعور هؤلاء الأفراد بضرورتها لدعم التضامن الاجتماعي اعتبرناها قاعدة قانونية واجبة التطبيق).

فلا يتم التأكد من مطابقة قاعدة قانونية لمفهوم التضامن الاجتماعي بمقارنتها بمبادئ ومثل نفرضها ونسلم بها.

مقارنة بين نظريتي التضامن الاجتماعي والقانون الطبيعي:

- نظرية القانون الطبيعي تؤمن بوجود مبادئ وقواعد طبيعية ثابتة أهمها الحقوق الفطرية الفردية للإنسان مثل الحرية والملكية التي من الواجب تقديسها والمحافظة عليها
- بالنسبة لنظرية التضامن الاجتماعي: الحقوق الفردية كسائر الحقوق التي تقرها القاعدة القانونية لا يمكن أن تبنى على مبادئ القانون الطبيعي والتي هي عبارة عن مبادئ مفترضة ولا تقوم على أساس علمي وإنما تبنى على فكرة التضامن الاجتماعي التي هي عبارة عن حقيقة واقعة يؤكد البحث العلمي وجودها.

نقاط هامة في النظرية:

- الحقوق الفردية حسب مبدأ ديجي لا يمكن أن تحترم إلا بالقدر الذي تحقق فيه المزيد من التضامن الاجتماعي ولا تتعارض معه, أما إذا تعارضت معه فإنها لا تستدعي الاحترام ويجب الحد منها وفقاً لمقتضيات الضرورة الاجتماعية.

- الحق الفردي حسب نظرية ديجي أقرب ما يكون إلى وظيفة اجتماعية تساهم في تدعيم التضامن الاجتماعي منه إلى حق طبيعي مقدس تغلب عليه الصبغة الفردية.

ب- تقدير النظرية

1. ميزاتها[1]:

تمتاز نظرية ديجي في ناحيتين هما:

أ . أظهرت أهمية اللجوء إلى الطريقة العلمية في دراسة الوقائع والظواهر القانونية والكشف عن أسباب نشوئها وتطورها.

ب . جعلت من فكرة التضامن الاجتماعي الغاية الأساسية التي يجب أن تستند إليها القاعدة القانونية الوضعية وتسعى إلى تحقيقها.

كما أنها تصلح أن تكون مستنداً قوياً تعتمده المذاهب الاشتراكية.

1. عيوبها[1]:

الانتقادات التي وجهت إلى نظرية التضامن الاجتماعي أو الانتقادات التي وجهت إلى مذهب ديجي:

أ- الاقتصار على طريقة العلوم الطبيعية في دراسة الظواهر الاجتماعية فيه الكثير من مغالاة على اعتبار أن العلوم الطبيعية تدرس ما هو كائن أما العلوم الاجتماعية ومن بينها علم القانون تدرس ما هو كائن أيضاً وإنما لا نكتفي في دراستنا لعلم القانون بإظهار القواعد التي تحكم علاقات الأفراد في المجتمع ولكننا نرمي أيضاً إلى تحديد القواعد التي يجب أن تسود هذا المجتمع وإلى جانب معرفة الوقائع التي يدلنا عليها العلم لا بد لنا من التمسك بمثل أعلى يرشدنا إليه العقل.

وديجي لا ينكر وجود مثل هذه المثل لكنه لا يفترض هذه المثل افتراضاً مبنياً على العقل وإنما يستنتجه استنتاجاً بالطريقة العلمية التي تقوم على ملاحظة الوقائع وتفسيرها والمثل الذي تدل عليه هذه الوقائع هو التضامن الاجتماعي بحسب نظرية ديجي.

---

[1] -أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون/عبد الرزاق احمد السنهوري-احمد حشمت أبو ستيت/ القاهرة-مصر:لجنة التأليف والترجمة(1941) . ص 59 .

[1] - المدخل للعلوم القانونية: (النظرية العامة للقانون.والنظرية العامة للحق)\توفيق حسن فرج/ بيروت لبنان:/الدار الجامعية (1988) ص 121 .

ب- الحقائق التي يحاول أن يثبتها ديجي بالطريقة العلمية وبالرغم من صحتها ليست هي كل شيء تدلنا عليه ملاحظة الوقائع الاجتماعية فعلى الرغم من كون الإنسان كائن اجتماعي إلا أنه يحتفظ بشيء من الكيان الذاتي والشخصية المستقلة وعلى الرغم من قوة عامل التضامن الاجتماعي فهو ليس الوحيد بالنسبة لهم.

فإلى جانبه هناك عوامل التنافس وتنازع البقاء مثلاً وإذا كان ديجي قد اختار عامل التضامن ليبني عليه نظريته فهو لم يقم بذلك استناداً إلى دراسة الواقع فحسب لأن الوقائع تكشف لنا عن عوامل أخرى غيره وهو يثبت بهذا أنه لا يستطيع أن يستغني عن استلهام العقل إضافة لدراسة الواقع[2]، وفيما بعد كان ديجي قد أضاف إلى فكرة التضامن الاجتماعي فكرة العدالة.

ت- اعتماد ديجي على معرفة شعور الأفراد إزاء ملاءمة القاعدة القانونية لفكرة التضامن الاجتماعي عرضه للنقد خاصة من الفقيه البلجيكي (دابان) الذي يرى عدم ثبوت اتجاهات الشعور الشعبي وعدم تميزها ففي كثير من الأحيان يكون الشعور الشعبي ليس له رأي معين اتجاه بعض الأمور القانونية وإذا وجد فقد يكون اتجاهات متعارضة لا يمكن استجلاء مفهوم واضح منها.

[2] - وفيما بعد كان ديجي قد أضاف إلى فكرة التضامن الاجتماعي فكرة العدالة.

تمارين:

نظرية القانون الطبيعي: تؤمن بوجود مبادئ وقواعد طبيعية ثابتة .....

نظرية التضامن الاجتماعي: تنص على أن الحقوق الفردية كسائر الحقوق التي تقرها القاعدة القانونية......

الوحدة التعليمية التاسعة

أسس القانون

5- مذهب العلم والصياغة

الكلمات المفتاحية:

مذهب العلم والصياغة – الحقائق – السياسة القانونية – أسس القانون.

الملخص:

يقوم مذهب العلم والصياغة بحسب الأستاذ جيني على استخلاص وجمع النقاط الصحيحة التي ينادي بها كل مذهب من المذاهب، استناداً إلى العلم ليقدم لنا الحقائق التي تصلح أن تكون أساساً لاختيار القواعد القانونية الملائمة، وإلى صياغة هذه القواعد القانونية بشكل معين يجعلها صالحة للتطبيق العملي.

الأهداف التعليمية:

يتوجب على الطالب معرفة ما يلي من خلال هذا الجزء:

- مذهب العلم والصياغة.
- تقدير النظرية (ميزاتها، عيوبها).

أ- عرض النظرية:

حاول فقهاء القرن العشرين وفي مقدمتهم الأستاذ جيني استخلاص وجمع النقاط الصحيحة التي ينادي بها كل مذهب من المذاهب وأطلق عليه اسم مذهب العلم والصياغة[1]، ويرى الأستاذ جيني أن علم القانون علم معقد وأنه يقوم على عنصرين رئيسين هما:

1. عنصر العلم.
2. عنصر الصياغة.

-أما عنصر العلم فهو الذي يقدم لنا الحقائق التي تصلح أن تكون أساساً لاختيار القواعد القانونية الملائمة.

- وعنصر الصياغة هو الذي يتيح لنا أن نصوغ هذه القواعد القانونية بشكل معين يجعلها صالحة للتطبيق العملي[2].

يرى جيني أن عنصر العلم يتضمن أربعة حقائق مستمدة من أحد المذاهب المعروفة في تحديد أسس القانون حيث تعتبر هذه الحقائق بمثابة عوامل تؤثر في تكوين القواعد القانونية أي أسس تبنى عليها هذه القواعد.

أما الحقائق التي عددها جيني:

1. الحقائق الواقعية.
2. الحقائق التاريخية.
3. الحقائق العقلية.
4. الحقائق المثالية.

---

[1] - المدخل للعلوم القانونية/أنطوان قسيس/حلب-سوريا:جامعة حلب(1967) . ص 61

[2] - إن عنصر الصياغة لا علاقة له بموضوع أسس القانون الذي نحن بصدده الآن ولذلك سنلقي الضوء فقط على عنصر العلم .

1 . الحقائق الواقعية:

تتضمن الظروف (المادية, الطبيعية, المعنوية) التي تحيط بنا كالأحوال الفيزيولوجية والاقتصادية والاجتماعية والدينية, وهي أمور يجب مراعاتها حين وضع قاعدة قانونية

2 . الحقائق التاريخية:

التطورات التي مرت بها القواعد والمؤسسات القانونية.

3 . الحقائق العقلية:

وهي المبادئ التي يوحي لنا بها العقل ويدلنا على صحتها.

4 . الحقائق المثالية:

وهي الأهداف التي يطمح إليها كل مجتمع ويعمل على تحقيقها.

وعلى سبيل المثال لتوضيح الحقائق:

أحكام الزواج:

يدفعنا عامل الواقعية: إلى أن نأخذ بعين الاعتبار بعض الأمور الفيزيولوجية كاختلاف تركيب بنية الرجل والمرأة أو اشتراط البلوغ وما إلى ذلك.

- يدفعنا عامل الحقائق التاريخية: لدراسة التطور التاريخي للعائلة ومعرفة المراحل التي مرت بها حتى اكتسبت صورتها الحالية.
- يدفعنا عامل الحقائق العقلية: إلى الاستدلال عن طريق العقل بأن الزواج يجب أن يكون طريقة لإنشاء أسرة وإيجاد الاستقرار.
- يدفعنا عامل الحقائق المثالية: إلى استجلاء الأهداف البعيدة التي يرمي إليها المجتمع الذي توضع لأجله القواعد القانونية.

ومن خلال دراسة طريقة جيني في وضع نظريته نستنتج ما يلي أن جيني استمد:

- عامل الحقائق الواقعية من المدرسة الوضعية العلمية.

- عامل الحقائق التاريخية من المدرسة التاريخية.

- عامل الحقائق العلمية من مدرسة القانون الطبيعي.

- عامل الحقائق المثالية من مذهب ايهرنج.

ب- تقدير النظرية[1]:

1- ميزاتها:

تمتاز بعدم المغالاة والاعتدال ومحاولة الاستفادة من وجهة نظر من سبقها (بطريقة صحيحة) استطاع جيني أن يتحرر من خطأ من سبقه (الذين تبنوا عامل واحد من هذه العوامل).

2- عيوبها

النقد الذي وجه إلى النظرية:

➢ نقدها الأستاذ روبيه بقوله: جمعت هذه النظرية تحت لواء العلم عدداً من الحقائق التي لا تندرج جميعها تحته فالحقائق الواقعية والتاريخية صحيح أنها من قبل الحقائق العلمية أو الحقائق المثالية والعقلية إلا أنها أقرب إلى السياسة القانونية التي تعتمد العقل أكثر من الحقائق العلمية.

---

[1] - المدخل للعلوم القانونية: (النظرية العامة للقانون.والنظرية العامة للحق)\توفيق حسن فرج/ بيروت لبنان:/الدار الجامعية (1988) . ص 132 .

تمارين:

الإجابات الصحيحة:

- الحقائق الواقعية: تتضمن الظروف (المادية، الطبيعية، المعنوية) التي تحيط بنا كالأحوال الفيزيولوجية والاقتصادية والاجتماعية والدينية، وهي أمور يجب مراعاتها حين وضع قاعدة قانونية.
- الحقائق التاريخية: التطورات التي مرت بها القواعد والمؤسسات القانونية.
- الحقائق العقلية: هي المبادئ التي يوحي لنا بها العقل ويدلنا على صحتها.
- الحقائق المثالية: هي الأهداف التي يطمح إليها كل مجتمع ويعمل على تحقيقها.

الوحدة التعليمية العاشرة

أقسام القانون

1- القانون العام والقانون الخاص

الكلمات المفتاحية:

القانون العام – القانون الخاص – المصلحة العامة – المصلحة الخاصة – أطراف العلاقة القانونية.

الملخص:

يقسم القانون إلى زمرتين رئيسيتين هما زمرة القانون العام الذي ينظم العلاقات التي تكون الدولة بصفتها صاحبة السيادة طرفاً فيها فهو ينظم أجهزة الحكم وعلاقة الدولة مع غيرها من الدول والأفراد، وزمرة القانون الخاص الذي ينظم العلاقات التي لا تكون الدولة بصفتها صاحبة السيادة والسلطان طرفاً فيها وهي علاقات الأفراد فيما بينهم وأحياناً علاقتهم مع الدولة أي حين لا تدخل الدولة بصفتها صاحبة السيادة بل كأي فرد عادي.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء، يجب أن يكون الطالب قادراً على تحديد المقصود من:

القانون العام.

القانون الخاص.

معيار التفرقة بين القانون العام والخاص.

المفهوم المالي.

المصلحة العامة والخاصة.

أطراف العلاقة القانونية.

يقسم القانون إلى زمرتين رئيسيتين وهما: زمرة القانون العام وزمرة القانون الخاص. وسنحاول التعريف بالقانون العام والقانون الخاص والمقارنة بينهما، ثم اعطاء لمحة موجزة عن مختلف فروعهما. وذلك وفقا لما يلي:

- القانون العام والقانون الخاص
- فروع القانون العام
- فروع القانون الخاص

القانون العام والقانون الخاص

تعريف القانون العام[1]:

هو القانون الذي ينظم العلاقات التي تكون الدولة بصفتها صاحبة السيادة طرفاً فيها فهو ينظم أجهزة الحكم وعلاقة الدولة مع غيرها من الدول والأفراد.

تعريف القانون الخاص:

هو القانون الذي ينظم العلاقات التي لا تكون الدولة بصفتها صاحبة السيادة والسلطان طرفاً فيها وهي علاقات الأفراد فيما بينهم وأحياناً علاقتهم مع الدولة أي حين لا تدخل الدولة بصفتها صاحبة السيادة بل كأي فرد عادي.

وإذا نظرنا لأي مجتمع من المجتمعات من السهل علينا ملاحظة وجود فئتين في هذا المجتمع:

- فئة حاكمة تتمثل بالدولة ومؤسساتها وأجهزة الحكم فيها.
- فئة محكومة تتمثل بالأشخاص العاديين من طبيعيين أو اعتباريين.

ونلاحظ أيضاً أن الفئة الحاكمة الممثلة بالدولة تتمتع ببعض الامتيازات الخاصة التي تقتضيها طبيعتها كهيئة حاكمة ومنها:

- تنظيم جهاز الحكم، جباية الضرائب، علاقة الدولة مع موظفيها.

أما ما يتعلق بالأفراد من قواعد قانونية تنظم علاقاتهم فيما بينهم:

كقواعد الزواج والطلاق والبيع والشراء والإيجار والتجارة.... فيعتبر من قواعد القانون الخاص.

مثال (1):

[1] - المدخل لدراسة العلوم القانونية:مبادئ القانون-النظرية العامة للحق/عبد القادر الفار/عمان- الأردن:مكتبة دار الثقافة(1994) ص 38.

إذا أرادت الدولة أن تشق سكة حديد وهذه السكة سوف تمر بأراضي الغير في هذه الحالة لا يأتي ممثل عن الدولة ويتفاوض مع أصحاب هذه الأراضي: لأن الدولة دخلت في هذه العلاقة بوصفها صاحبة السيادة والسلطان أي: تملك امتيازات لا يملكها الأفراد وذلك يعني أن هذا التصرف يدخل ضمن نطاق القانون العام.

مثال (2):

شخص لديه بناء وأرادت إحدى الوزارات أن تتخذه مقراً لها وطلبت استئجار البناء الذي يملكه.

هل يستطيع هذا الشخص أن يرفض هذا العرض ؟ في هذه الحالة نعم، لأن الدولة دخلت في هذه العلاقة بوصفها شخصاً عادياً وليس بوصفها صاحبة السيادة ولهذا يستطيع الشخص الرفض إن أراد.

ونلاحظ أن هذه العلاقة تدخل ضمن نطاق القانون الخاص.كما و حاول الفقهاء تصنيف القانون إلى مكتوب وغير مكتوب والمقصود بالكتابة: يجب أن تكون صادرة عن سلطة تشريعية بشكل كتابي كالدستور مثلاً ثم يجب أن يتم نشرها.وبالتالي فإن جمع عدة أعراف وكتابتها لا يعني أنها أصبحت قانون مكتوب.

معيار التفريق بين القانون الخاص والعام:

إن تقسيم القانون إلى عام وخاص يعود إلى عهد بعيد فقد عرف عند الرومان حيث اعتبروا من القانون الخاص كل ما يتعلق بمصالح الأفراد.

وقد حاول رجال القانون إيجاد معيار أو ضابط دقيق بين القانون العام والخاص لضبط القواعد القانونية لكنهم فشلوا في أغلب محاولاتهم.

أما المعايير الأكثر نصيباً في الصحة والصواب[1]:

1 . المفهوم المالي:

إن أكثر القواعد المنظمة للعلاقات المالية (بيع . شراء) هي من القانون الخاص أما القواعد التي تنظم العلاقات الأخرى كتنظيم جهاز الدولة هي من القانون العام.

وإذا أمعنا النظر نجد أن هذا المعيار غير صحيح إذ أن كثيراً من القواعد التي تنظم أموراً لا أثر للمفهوم المالي فيها تعتبر من القانون الخاص لا العام (كالقواعد الرامية إلى تنظيم العلاقات العائلية مثلاً) وهناك أموراً مالية كثيرة لها علاقة مباشرة بالقانون العام (كالضرائب والأملاك العامة).

2 . المصلحة العامة والمصلحة الخاصة:

أصحاب هذا المعيار برأيهم: القانون الخاص هدفه الرئيسي حماية المصلحة الخاصة للأفراد بينما هدف القانون العام حماية المصلحة العامة للمجتمع وهذا المعيار انتشر كثيراً بين رجال القانون إلا أنه بعيد عن الصحة والصواب فليس هناك حدوداً واضحة تمكننا من التمييز بين ما تحققه القواعد القانونية من مصلحة عامة ومصلحة خاصة وهناك عدد كبير من القواعد في القانون الخاص تغلب فيها المصلحة العامة بحيث نعتبرها قواعد آمرة.

مثال:

أمور العمل والعائلة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وحمايتها وتصنف ضمن القانون الخاص.

[1] - هناك معايير أخرى غير التي ذكرناها منها معيار درجة القوة الإلزامية ومعيار فكرة التبعية وغيرها.

3 . صفة أطراف العلاقة القانونية:

إذا كانت الدولة بصفتها صاحبة السيادة والسلطان هي أحد أطراف هذه العلاقة اعتبرنا هذه القواعد من القانون العام. وإذا كانت الدولة بمثابة الفرد العادي بدون سلطة متدخلة كانت هذه القواعد من القانون الخاص.

ويظهر أن هذا المعيار أفضل المعايير.

صعوبة التفريق بين القانون العام والقانون الخاص:

ليس من السهولة التفريق بين الزمرتين حتى أن العلماء اختلفوا في تصنيف بعض فروع القانون وتحديد الزمرة التي تنتسب إليها كالقانون الجزائي وأصول المحاكمات المدنية والتجارية.

القانون الجزائي:

يعتبر لدى معظم العلماء من فروع القانون العام " باعتبار المجتمع هو المتضرر الأول من الجريمة في حين " يصنفه البعض في زمرة القانون الخاص باعتبار أن القانون الجزائي يتعلق بحماية الأفراد في حياتهم وأعراضهم وأموالهم كذلك أصول المحاكمات المدنية والتجارية يرى الكثير من الفقهاء حالياً ضرورة تصنيفها في زمرة القانون العام بينما هي في زمرة القانون الخاص باعتبار أنها تتعلق بتنظيم وتحديد عمل سلطة من أهم سلطات الدولة.

وهي السلطة القضائية لذلك نرى صعوبة التفريق بين هاتين الزمرتين لذلك رأى بعض الفقهاء أن هنالك زمرة ثالثة بين القانون العام والقانون الخاص هي زمرة القانون المختلط[1].

التداخل والتأثير المتبادل بين القانون العام والقانون الخاص:

إن تقسيم القانون إلى عام وخاص هو تقسيم مصطنع بعض الشيء ولا يوجد انفصال تام بين هاتين الزمرتين أو اختلاف كبير بين قواعدهما بل على العكس هناك نوع من التداخل والتأثير المتبادل بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص وبين أنواع العلاقات في كل منهما.

---

[1] - المدخل إلى القانون/رمضان محمد أبو السعود-محمد حسين منصور/بيروت-لبنان:منشورات الحلبي الحقوقية(2003) ص 23.

مثال:

هناك الكثير من المبادئ والقواعد التي تطبق في نطاق القانون العام مستمدة إلى حد كبير من قواعد ومبادئ القانون الخاص (كالقواعد المنظمة للعقود الإدارية أو للمسؤولية الإدارية التي تعتبر من قواعد القانون العام وهي مستمدة من قواعد نظرتي العقد والمسؤولية في القانون المدني الذي هو أبرز فروع القانون الخاص).

وهناك الكثير من قواعد القانون الخاص تفسح للدولة مجالاً كبيراً للإشراف عليها والتدخل بها مثل أمور العمل أو مراقبتها لبعض أنواع الشركات.

ومن أبرز الصور للتداخل بين القانونين الشركات والمشاريع المؤممة.

كالمشاريع التي كان يملكها أفراد تحولت إلى ملكية الدولة بعد الحرب العالمية الثانية مما اعتبره بعض الفقهاء دليلاً على توسع القانون العام.

بينما اعتبر آخرون بأن هذه المشاريع لم تفقد الأساليب والطرائق التي كانت تمارس بها فعالياتها في الماضي وهي أساليب تنظمها قواعد القانون الخاص (ميزانية هذه المشاريع وتنظيم علاقاتها بعمالها وعلاقاتها بالمستهلكين) مما تقدم نلاحظ صعوبة الفصل بين القانونين.

تمارين

اختر العبارات الصحيحة مما يلي:

1. القانون العام هو الذي ينظم العلاقات التي تكون الدولة بصفتها صاحبة السيادة طرفاً فيها فهو يـــنظم أجهـــزة الحكـــم وعلاقـــة الدولـــة مـــع غيرهـــا مـــن الـــدول والأفـــراد .

2. إن أكثر القواعد المنظمة للعلاقات المالية هي من القانون الخاص أما القواعد التي تنظم العلاقـــات الأخـــرى كتنظـــيم جهـــاز الدولـــة هـــي مـــن القـــانون العـــام .

3. القانون الخاص: هو الذي ينظم العلاقات التي لا تكون الدولة بصفتها صاحبة السيادة والسلطان طرفاً فيها وهي علاقات الأفراد فيما بينهم وأحياناً علاقتهم مع الدولة أي حين لا تدخل الدولة بصفتها صاحبة السيادة بل كأي فرد عادي.

العبارات الصحيحة: 1، 3.

الوحدة التعليمية الحادي عشر

أقسام القانون

3- فروع القانون الخاص

الكلمات المفتاحية:

القانون المدني – القانون التجاري – القانون الدولي الخاص – قانون العمل – قانون الزراعة.

الملخص:

يضم قسم القانون الخاص فروع القانون المدني بما في ذلك قانون الأسرة والعائلة، القانون التجاري، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، القانون الدولي الخاص، وبعض الفروع المستحدثة مثل قانوني العمل والزراعة.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء، يجب أن يكون الطالب قادراً على تحديد المقصود من:

فروع القانون الخاص.

المحاكم الصلحية.

المحاكم البدائية.

المحاكم الاستئنافية.

محكمة النقض.

محكمة الأساس.

يضم قسم القانون الخاص الفروع التالية:

1 . القانون المدني بما في ذلك قانون الأسرة والعائلة.

2 . القانون التجاري.

3 . أصول المحاكمات المدنية والتجارية.

4 . القانون الدولي الخاص.

5 . بعض الفروع المستحدثة مثل قانوني العمل والزراعة.

القانون المدني[1]:

تعريفه: القواعد التي تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم إلا ما يتناوله بالتنظيم فرع آخر من فروع القانون الخاص.

العلاقات التي تقوم بين الأفراد تقسم إلى نوعين:

1 . علاقات عائلية:

يعود تنظيمها إلى القانون المدني غالباً أما في الدول العربية فلها فرع مستقل نظراً لتعدد الأديان وضرورة خضوع كل طائفة إلى قواعدها الدينية الخاصة بها في مجال أمور العائلة.

2- العلاقات المالية بين الأفراد انفصلت بشكل تدريجي عن القانون المدني وأصبحت لها فروعاً خاصة كقانون التجارة الذي ينظم العلاقات التجارية والعمالية.

لذلك يقتصر القانون المدني في بلادنا العربية على تنظيم العلاقات المالية.

وبالرغم مما تقدم فإن للقانون المدني أهمية بالغة تبدو في الأمور التالية:

1 . القانون المدني هو الأصل الذي تفرعت عنه بقية فروع القانون " تجارة وعمل "

2 . القانون المدني لا يختص بفئة معينة بل يطبق على جميع المواطنين دون استثناء

3 . عند عدم وجود قواعد في فروع القانون الأخرى فعودتها دائماً إلى القانون المدني.

تطور القانون المدني في بلادنا:

ظلت الدول العربية بما فيها سوريا لقرون طويلة تعمل بموجب الشريعة الإسلامية في كل الأمور تستقى من المذاهب المختلفة وتعتمد على: الكتاب . والسنة . والإجماع . والاجتهاد إلا أن الدولة العثمانية أحدثت قانون التجارة والجزاء وتشريع الأحكام العدلية والأمور المتعلقة بالعقارات.

وعلى سبيل المثال مجلة الأحكام العدلية التي صدرت سنة 1293 هـ وأخذت قواعدها من المذهب الحنفي.

ومجلة الأحكام العدلية هي من أهم الأعمال التي صاغت الأحكام حيث بقيت سورية تطبق ما ورد في مجلة الأحكام العدلية حتى بعد زوال الحكم العثماني وأجري في عهد الانتداب الفرنسي

[1] - المدخل إلى العلوم القانونية أو النظرية العامة للقانون /محمد محمود عبد الله/ جامعة دمشق -1982-1983.ص 73 – 80

تعديلاً فرنسياً لبعض النواحي المدنية " قانون الملكية العقارية الصادر سنة 1930 قرار رقم 3339.

أما بعد استقلال سورية فلقد ألغت التشريعات الصادرة عن كل من:

الدولتين العثمانية والفرنسية كمجلة الأحكام العدلية والقرار 3339،وصدر بتاريخ 18 أيار 1949 المرسوم التشريعي رقم 84.

والقانون المدني الحالي الذي أخذ بكامله تقريباً عن القانون المدني المصري، المستمد بدوره عن الغرب أما الخلاف الطفيف ما بين القانون المدني السوري والمصري ويتمثل بالأحكام العقارية المأخوذ عن القرار 3339.وقد استغرق اثني عشر عاماً لصدروه من عام 1936 إلى 1948.

أما مصادر القانون المدني المصري المأخوذ عنه القانون المدني السوري فهي:

- التشريع المدني المصري المستمد من التشريع المدني الفرنسي مع بعض التعديلات. إذ طبقت مصر منذ عام 1876 القانون المدني الفرنسي.
- اجتهاد القضاء المصري في تطبيق نصوص ذلك التشريع وتفسيرها وإغنائها بالحلول العملية الملائمة لتطور الحاجات الاجتماعية.
- التشريعات الإسلامية وهي من أهم المصادر التي اعتمد عليها القانون.
- التشريعات أو التقنيات الأجنبية الحديثة. وفي مقدمتها القانون الفرنسي والألماني والسويسري التي استفاد التشريع السوري منها واستقى أفضل ما فيها.

قانون الأسرة والعائلة[1]:

وينظمها حالياً بالنسبة للمسلمين في سورية قانون الأحوال الشخصية صدر بتاريخ 1953/9/17 وهو مستمد من الشريعة الإسلامية ويتضمن أحكام الزواج، والطلاق، والنسب والأهلية والنيابة الشرعية، والوصية والميراث ونحو ذلك.

أما بالنسبة لغير المسلمين من الطوائف المسيحية واليهودية: فقد نصت المادة الأخيرة من هذا القانون على تطبيق ما لدى كل طائفة من أحكام دينية تتعلق بـ (خطبة . زواج . نفقة زوجية . نفقة صغير . بطلان زواج . حله . رباطه . البائنة (الدوطة) . الحضانة). كما نصت المادة قبل الأخيرة من القانون على بعض الأحكام الخاصة بالطائفة الدرزية.

[1] - المدخل إلى العلوم القانونية أو النظرية العامة للقانون /محمد محمود عبد الله/ جامعة دمشق -1982-1983 . ص 80

القانون التجاري[1]:

يتضمن القواعد التي تطبق بالنسبة للتجار وعلى الأعمال والأمور التجارية.

ويعود سبب انفصاله عن القانون المدني إلى ما يمتاز به من معاملات تجارية تقوم على التبسيط والمرونة والسرعة والثقة.

والقانون التجاري يقسم إلى قسمين هما:

1 . القانون التجاري البري.

2 . القانون التجاري البحري.

يضاف إليها قسم جديد يختص بالتجارة الجوية.

أما القانون التجاري البري فينظمه في سوريا القانون الصادر بتاريخ **1949/6/22 وقد صدر قانون جديد في عام 2007 ويبحث بشكل عام في:**

(التجار . المؤسسات التجارية . الشركات التجارية . الأعمال التجارية . العقود التجارية . الأسناد التجارية . الأسناد القابلة للتداول . الصلح الواقي والإفلاس..).

وأما القانون التجاري البحري:

فقد صدر بتاريخ 1950/3/12 وينظمه حالياً القانون رقم 46 تاريخ 2006/11/28 ويبحث في: (السفن وملكيتها . عقود العمل البحري . إيجار السفن . عقود النقل البحري . الأخطار البحرية وضمانها).

أصول المحاكمات المدنية والتجارية[2]:

يتضمن القواعد التي تبين الإجراءات الواجب على المحاكم تطبيقها وعلى الأفراد اتباعها في الدعاوى التي يقيمها هؤلاء فيما يتعلق بأمورهم المدنية والتجارية، وأصول تنفيذ الأحكام الصادرة بشأنها.

---

[1] - المخل إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق /2003-2004.ص 100

[2] - المخل إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق /2003-2004.ص 101

وقد صدر قانون أصول المحاكمات 1953/9/28 فحدد اختصاص كل نوع من المحاكم بالنسبة للدعاوى التي يجوز عرضها عليه، وكيفية رفع الدعوى وإجراء المحاكمة وتنظيم الأحكام وطرق الطعن ملحقاً بها قانون البينات الصادر بتاريخ 1947/6/10. وهي قواعد تنظم الوسائل التي يجب إتباعها واعتمادها لإثبات الحقوق المدعى بها.

وهنا نرى أنه من الضروري إلقاء الضوء على التنظيم القضائي الحالي في سورية[1]:

إضافة لتنظيمات المحاكم المدنية والتجارية يوجد القضاء الإداري الذي يتمثل في مجلس الدولة ويتألف من قسمين وهما:

1 . القسم القضائي.

2 . والقسم الاستشاري للفتوى والتشريع.

ويتألف القسم القضائي من:

المحاكم الإدارية . محكمة القضاء الإداري . المحكمة الإدارية العليا و تقوم إلى جانبها هيئة مفوضي الدولة حيث تحضر الدعوى وتهيئها للمرافعة.

أما المحاكم التي يتألف منها القضاء العادي فهي:

أ . محكمة النقض (التمييز سابقاً).

ب . محاكم الاستئناف.

جـ . المحاكم البدائية.

د . المحاكم الصلحية.

يضاف إلى هذه المحاكم (الشرعية . الطائفية . المذهبية والتي تختص بالفصل في أمور الأحوال الشخصية) ومحاكم استثنائية خاصة مهمتها إقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها وتمثيل المجتمع لدى المحاكم ثم تنفيذ الأحكام الجزائية بعد اكتسابها الدرجة القطعية.

المحاكم الصلحية:

---

[1] - المدخل إلى العلوم القانونية أو النظرية العامة للقانون /محمد محمود عبد الله/ جامعة دمشق -1982-1983 . ص 69

يتألف كل منها من قاض منفرد وتفصل في المنازعات المدنية والتجارية البسيطة، والجرائم البسيطة (جميع المخالفات والجنح التي لا تتجاوز عقوبة الحبس فيها أكثر من السنة).

المحاكم البدائية:

يتألف كل منها من قاض منفرد: تفصل في سائر المنازعات المدنية والتجارية والجنح.

محاكم الاستئناف:

وتتألف من رئيس وأعضاء يسمون مستشارين، ويوزعون على عدد من الغرف المدنية والجزائية، وتستأنف إليها أحكام المحاكم البدائية وبعض الأحكام الصلحية.

(ومن بعض مستشاري الاستئناف تشكل محاكم جنايات تنظر في القضايا الجنائية).

محكمة النقض:

وتوزع أيضاً إلى غرف متعددة، وهي المرجع الأعلى الذي يعود إليه أمر مراقبة أحكام هذه المحاكم والنظر في مدى صحتها ومطابقتها للقانون والأصول، والمحاكم الأدنى من محكمة النقض تسمى محاكم الأساس أو الموضوع لأنها تنظر في أساس الدعوى ووقائعها بعكس محكمة النقض التي تسهر فقط على حسن تطبيق القانون من قبل المحاكم الأخرى، فهي بذلك تسمى محكمة القانون.

القانون الدولي الخاص[1]:

ويتضمن القواعد التي تبين، بالنسبة لكل نوع من القضايا التي يكون فيها عنصر أجنبي، ما إذا كانت محاكم الدولة مختصة للنظر فيه أم لا، كما تحدد القانون الذي يجب تطبيقه عليه[2].

مثال:

باع سوري مقيم في فرنسا عقار إلى مواطن ألماني في إيطاليا وحدث فيما بعد نزاع فالقانون الدولي الخاص يحدد ما إذا كانت المحاكم السورية مختصة للنظر بالنزاع ثم يحدد القانون الواجب التطبيق مِن القوانين الأربعة.

ولا توجد قواعد محددة تسير عليها جميع الدول فيما يتعلق بمسائل هذا القانون، ولكل دولة قواعدها بهذا الشأن.

[1] -المدخل إلى العلوم القانونية أو النظرية العامة للقانون /محمد محمود عبد الله/ جامعة دمشق -1982-1983 ص 82

[2] وقد جرت العادة على أن تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص القواعد المتعلقة بالجنسية وبمركز الأجانب في الدولة.

وهذه القواعد لا يضمها في الجمهورية العربية السورية تشريع موحد بل هي موزعة على عدة تشريعات.

بعض الفروع المستحدثة في نطاق القانون الخاص:

من أهمها: قانون العمل . القانون الزراعي . وقد أخذت تنفصل عن القانون المدني وتتدخل الدولة في تنظيمها ومراقبتها, وقواعدها آمرة من النظام العام لأن هذه القوانين تنظم العلاقات التي تؤثر مباشرة بالمصالح الاجتماعية والاقتصادية للدولة.

تمارين

حدد المفاهيم الصحيحة مما يلي:

1. القانون المدني يتضمن القواعد التي تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم إلا ما يتناوله بالتنظيم فرع آخر من فروع القانون الخاص .
2. محاكم الأساس هي المرجع الأعلى الذي يعود إليه أمر مراقبة أحكام محاكم الاستئناف والنظر في مدى صحتها ومطابقتها للقانون والأصول .
3. القانون التجاري يتضمن القواعد التي تطبق بالنسبة للتجار وعلى الأعمال والأمور التجارية .
4. محاكم الاستئناف، تستأنف إليها أحكام المحاكم البدائية وبعض الأحكام الصلحية .
5. محكمة النقض تنظر في أساس الدعوى ووقائعها بعكس محكمة النقض التي تسهر فقط على حسن تطبيق القانون من قبل المحاكم الأخرى، فهي بذلك تسمى محكمة القانون.

المفاهيم الصحيحة هي: 1، 3، 4.

الوحدة التعليمية الثانية عشر

حول مصادر القانون

الكلمات المفتاحية:

المصدر الرسمي – المصدر المادي – التشريع، العرف – الاجتهاد القضائي – الفقه.

الملخص:

لا تكتمل القاعدة القانونية إلا إذا توفر لها عنصران: مادتها أو موضوعها، وصيغتها الرسمية.
وهنالك مصدران للقانون تأخذ بهما جميع الدول هما، التشريع، العرف، ويضاف إليهما في بعض البلاد: القواعد الدينية من جهة ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة من جهة .
يتصل بالمصادر الرسمية للقانون مصدران آخران يعتبران بمثابة مصدرين تفسيريين، وهما الاجتهاد القضائي والفقه.

الأهداف التعليمية:

في هذا التمهيد يجب أن يتعرف الطالب على:

- المصدر الرسمي، المصدر المادي.
- التشريع، العرف.
- أوجه الاختلاف بين المصادر الرسمية والاجتهاد القضائي والفقه.

حول مصادر القانون

المصدر المادي:

هو المصدر الذي تستمد منه القاعدة القانونية مادتها أو موضوعها. (أي إن الحكم الذي تتضمنه القاعدة هو الذي يكون موضوعها ومادتها).

المصدر الرسمي:

هو المصدر الذي يوفر لها قوتها الإلزامية أو صبغتها الرسمية (وإن القوة الإلزامية التي تتمتع بها القاعدة هي التي تضفي عليها الصبغة الرسمية).

و لا تكتمل القاعدة القانونية إلا إذا توفر لها هذان العنصران معاً: مادتها أو موضوعها من جهة، وصيغتها الرسمية من جهة[1].

لأن المصادر المادية كلها إذا كانت توفر للقاعدة مادتها ومضمونها وفحواها لا تكفي لجعلها قاعدة قانونية بل لا بد للقاعدة في نفس الوقت من مصدر رسمي يضفي عليها القوة الإلزامية، فالمصادر المادية لا تكشف لنا إذاً عن وجود القواعد القانونية أو عدم وجودها وإنما الذي يرشدنا إلى ذلك هو المصادر الرسمية.

وعلى هذا، فإن المصادر الرسمية للقواعد القانونية هي وحدها التي تعنينا في مصادر القانون فمثلاً إن المصدر المادي لقانون الأحوال الشخصية هو الشريعة الإسلامية، والمصدر المادي للقانون المدني هو القانون المدني المصري أو القانون المدني الفرنسي.

تعداد المصادر الرسمية وبيان أهميتها:

هنالك مصدران رئيسيان رسميان للقانون تأخذ بهما جميع الدول هما:

1 . التشريع.

2 . العرف.

ويضاف إلى هذين المصدرين في بعض البلاد مصدران آخران أو أحدهما وهما: القواعد الدينية من جهة ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة من جهة.

[1] - المدخل إلى العلوم القانونية أو النظرية العامة للقانون /محمد محمود عبد الله/ جامعة دمشق -1982-1983 ص 87-90

ويتصل بالمصادر الرسمية للقانون مصدران آخران يعتبران بمثابة مصدرين تفسيريين، وهما الاجتهاد القضائي والفقه.

أوجه الاختلاف بين المصادر الرسمية والاجتهاد القضائي والفقه؟

إن الاجتهاد القضائي والفقه لا يؤديان إلى إيجاد قواعد قانونية عامة قابلة للتطبيق بصورة إلزامية ومطردة على جميع الحالات المتماثلة، كما هو الأمر بالنسبة للمصادر الرسمية، بل إن دورهما يقتصر على تفسير وبيان كيفية تطبيق القواعد القانونية المنبثقة عن المصادر الرسمية دون أن يكون لما ينتج عنهما صفة القواعد القانونية الإلزامية. وهنا لابد من إبراز الملاحظات[1] التالية:

أولاً: لا تطبق المصادر الرسمية للقواعد القانونية جميعها دوماً في مختلف الأحوال والظروف بل إن هناك بعض الأمور .كالأمور الجزائية مثلاً . لا يمكن أن يطبق فيها سوى مصدر واحد هو التشريع حيث أنه من أهم مبادئ القانون الجزائي المبدأ الذي ينص على أنه: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني). والقانون هنا هو التشريع وذلك لأن الأحكام الجزائية إنما تتعلق بأرواح الناس وحرياتهم وسلامتهم ومن الواجب تنظيمها عن طريق التشريع وعدم ترك أمور الناس فيها عرضة لأهواء القضاة وتقديراتهم الشخصية.

مثال:

لا يوجد نص تشريعي يعاقب الإنسان على عدم تطوعه لإنقاذ شخص معرض للخطر، وبالتالي فإن القاضي لا يستطيع أن يفرض عليه عقوبة ما استناداً إلى ما قد يراه من مبادئ القانون الطبيعي أو قواعد العدالة مثلاً لأن المصدر الوحيد في الأمور الجزائية هو التشريع.

مثال:

إذا حدد التشريع لجريمة من الجرائم عقوبة معينة فإن القاضي لا يستطيع أن يفرض عقوبة غيرها يقدرها بنفسه استناداً إلى الأعراف مثلاً أو غيرها.

ثانياً: ليس للقاضي حرية الاختيار بين هذه المصادر وتطبيق ما يراه مناسباً منها دون غيره بل هناك ترتيباً وتسلسلاً معين بينها يلزم القاضي بإتباعه وذلك حسب المادة الأولى من القانون المدني التي تنص:

(1 . تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها.

[1] - المدخل إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق /2003-2004. ص 112 - 116

2 . فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

فبحسب هذه المادة يعتبر التشريع المصدر الأول للقواعد القانونية، وفي حال عدم وجود نص يمكن تطبيقه من التشريع يعمد القاضي إلى الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ثم بمقتضى العرف وأخيرا بمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

مثال:

إذا عرضت على القاضي قضية تتعلق بالقرض مع الفائدة مع العلم أن مبادئ الشريعة الإسلامية تحرم هذا النوع من القرض؟

القاضي ملزم بأن يحكم أولاً بموجب النصوص التشريعية المتعلقة بالموضوع الذي يطلب إليه الحكم فيه ولا يستطيع أن يطبق مبادئ الشريعة الإسلامية إلا في حال عدم وجود هذه النصوص، وبالنسبة للقرض مع الفائدة هنالك نصوص تشريعية تجيزه فلا يمكن إذن تطبيق قواعد غيرها....

مثال:

عرضت على القاضي مسألة ينطبق عليها التشريع . الشريعة . العرف فماذا يطبق في هذه الحالة؟ القاضي ملزم بإتباع الترتيب المنصوص عليه في المادة الأولى من القانون المدني.

مثال:

عرضت على القاضي الجزائي قضية جزائية ولم يجد لها نص تشريعي بالأفعال التي قام بها المدعى عليه، ما العمل في مثل هذه الحالة؟

يحكم القاضي في هذه الحالة بالبراءة أو عدم المسؤولية حيث أن هناك مصدر وحيد للأمور الجزائية هو التشريع.

ثالثاً: اعتبر الفقه والاجتهاد القضائي في كثير من الشرائع فيما مضى من المصادر الرسمية للقواعد القانونية وفي الواقع لم يقتصر دور الاجتهاد القضائي والفقه في كثير من الشرائع القديمة (كالشريعة الرومانية) على تفسير القواعد القانونية وتطبيقها بل كان لهما الأثر البالغ في إيجاد الكثير من القواعد.

ولا يزال الاجتهاد القضائي يعتبر من المصادر الرسمية في بعض البلاد كإنكلترا حيث تعتبر الأحكام القضائية بمثابة سوابق ملزمة ومن الواجب إتباعها في القضايا المماثلة.

رابعاً: إن الاجتهاد القضائي بصورة خاصة له من الوجهة العملية تأثير كبير في تطوير القواعد القانونية وتعديلها على الرغم من اعتباره من الوجهة النظرية من المصادر التفسيرية لا الرسمية، واعتباره غير ملزم إلا بالنسبة للقضايا نفسها التي فصلت فيها هذه الأحكام دون أن تكون واجبة التطبيق في القضايا المماثلة وذلك لأن:

القضاة يعمدون إلى شيء من التوسع أو التصرف في تفسير القواعد القانونية لجعل هذه القواعد أكثر ملاءمة لمقتضيات التطور والبيئة.

خامساً: إن هناك نوع من التداخل والتقارب بين المصادر الرسمية والتفسيرية فهي ليست منفصلة عن بعضها كل الانفصال... حيث: يستمد التشريع كثيراً من قواعده من الأعراف السائدة... والاجتهاد القضائي من شأنه أن يوضح التشريع ويجلي غموضه ويظهر الأعراف ويثبتها، إذاً تسهم هذه المصادر مشتركة في إيجاد القواعد القانونية وتطويرها وإعطائها صورتها الأخيرة التي تجعلها صالحة للتطبيق العملي.

سادساً: إن المصادر المختلفة للقانون لم تظهر جميعاً دفعة واحدة في التاريخ، وإنما ظهرت على مراحل متتالية تبعاً لتطور المدنية وتقدمها وهي على الترتيب التالي:

1 . العرف.

2 . قواعد الدين ومبادئ القانون الطبيعي.

3 . الاجتهاد.

4 . التشريع.

الوحدة التعليمية الثالثة عشر

التشريـــع

1- تعريف التشريع وسنه

الكلمات المفتاحية:

التشريع – السلطة التشريعية – المرسوم التشريعي – سن التشريع.

الملخص:

التشريع هو القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة في نصوص مكتوبة ووفقاً لأصول معينة. أهم ما يميز التشريع، صدوره عن السلطة التشريعية المختصة،حيث يصدر عنها المرسوم التشريعي، إتباعه أصولاً معينة في تكوينه لا يتم بدونها وجوده واعتباره، والتي هي مراحل أربعة، الاقتراح، الإقرار، الإصدار والنشر.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزأ يجب أن يكون الطالب قادراً على:

- تعريف التشريع.
- معرفة أهمية التشريع ميزاته والانتقادات الموجهة إليه.
- معرفة الجهة التي تسن التشريع ومراحل سنه.

سنحاول في هذه الوحدة التعليمية التي نخصصها لدراسة التشريع، وهو المصدر الأول من مصادر القانون وأكثرها أهمية وانتشاراً، أن نستعرض تعريف التشريع وأهميته وكيفية سنه ومراحل تكوينه المختلفة، ثم نتحدث عن بعض النصوص القانونية الأخرى التي تتصل بالتشريع وتتشابه وإياه وهي الدستور والأنظمة مبينين صلة كل منهما به ودور القضاء في رقابة دستورية التشريع، ثم نتناول بعد ذلك تفسير التشريع، وتطبيقه من حيث الزمان والمكان وإلغاءه.

تعريف التشريع وسنه

أولاً: تعريف التشريع[1]

يطلق اسم التشريع على القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة في نصوص مكتوبة ووفقاً لأصول معينة.

نستنتج من هذا التعريف أن أهم ما يميز التشريع هو:

1 . صدوره عن السلطة التشريعية المختصة.

2 . إتباعه أصولاً معينة في تكوينه لا يتم بدونها وجوده واعتباره.

أهمية التشريع ومزاياه:

هو من أكثر مصادر القانون أهمية وأوسعها انتشاراً ويعتبره بعض الفقهاء المصدر الأوحد للقواعد القانونية.

ويعود السبب في هذه الأهمية الخاصة للتشريع إلى ما يتمتع به من مزايا عديدة أهمها[1]:

1- سهولة سنه من قبل السلطة التشريعية المختصة وسهولة إلغائه فهذه السلطة تستطيع كلما دعت الضرورة أو المصلحة أن تسن ما تشاء من التشريعات الصالحة وأن تلغي ما يظهر لها فساده أو عدم صلاحه.

أما العرف فهو ينشأ ويزول بصورة بطيئة ومن الصعب تغييره أو تعديله بسرعة لعدم وجود هيئة مختصة بذلك.

2- سهولة معرفته والرجوع إليه وتحديد زمن ابتدائه وزواله، إذ أنه يصدر في نصوص مكتوبة، بحيث يكون من السهل الرجوع إلى الوثائق والمستندات التي تتضمن هذه النصوص لمعرفته وتحديد تاريخه.

[1] – القاعدة القانونية:مدخل إلى دراسة القانون الوضعي/تأليف محمد طه بدوي/القاهرة-مصر:دار المعارف(1954) .ص 85

[1] - المدخل إلى علم القانون/تأليف عباس الصراف-جورج حزبون/عمان- الأردن:مكتبة دار الثقافة(1991) . ص 52 – 53

أما العرف فلا بد فيه من إثبات التعامل الجاري بين الناس والعادات السارية فيهم للتأكد من وجوده، كما لا يمكننا تحديد تاريخ دقيق لبدء انتشار العرف أو لزواله.

3- التشريع يساعد على حماية حريات الأفراد وحفظ حقوقهم، فهو يحدد حقوقهم وواجباتهم، وهو يعتبر ضابطاً صحيحاً يسير بموجبه القضاة أنفسهم بالإضافة لخضوع الناس للتشريع لأنه مستمد من رغباتهم ومحقق لحاجاتهم.

4- التشريع يساعد على توحيد النظام القانوني في البلد الواحد ووضع قواعد قانونية عامة تطبق على المواطنين جميعاً في مختلف مناطقهم وأنحائهم وذلك خلافاً للعرف أو الاجتهاد القضائي اللذان يؤديان لإيجاد قواعد قانونية تختلف في بعض المناطق عن بعضها الآخر.

وقد وجهت المدرسة التاريخية الانتقاد التالي للتشريع:

أن التشريع يضع القواعد القانونية في نصوص ثابتة مستقرة، وذلك يعرقل التطور الطبيعي لهذه القواعد ويعيق تقدمها، في حين أن العرف يخضع لتأثير المجتمع المباشر، ليساعد على تحقيق هذا التطور في أحسن صوره ويجعل القواعد القانونية أكثر ملائمة لحاجات المجتمع.

عوامل[1] انتشار التشريع:

1- توطد سلطة الدولة وتمركزها، مما أدى إلى أن تجمع الدولة في يدها سلطة التشريع وأن تسن القواعد القانونية لجميع أنحاء البلاد.

2- قيام سلطة مختصة تتولى أمر التشريع في النظم الديمقراطية التي أخذت بمبدأ فصل السلطات، مما ساعد على أن تنصرف هذه السلطة إلى عملها في سن التشريعات.

3- انتشار النزعة الاشتراكية في عصرنا الحاضر التي تدعو إلى تدخل الدولة في شؤون الأفراد وتوليها أمر تنظيمها عندما تقضي بذلك الضرورة ومصلحة المجتمع.

ثانياً:سن التشريع

السلطة التشريعية المختصة التي يعود إليها سن التشريع:

يختلف النظر إلى هذه السلطة باختلاف النظم في البلاد، ففي النظام الدكتاتوري الاستبدادي يعتبر الحاكم نفسه صاحب السلطان المطلق وإليه يعود أمر التشريع وسن القواعد القانونية التي ليست سوى مشيئته وإرادته يمليها على شعبه ويفرض عليه احترامها. أما في النظام الديمقراطي، فالشعب على العكس هو الذي يعتبر مصدر السلطات جميعها ومن بينها السلطات التشريعية.

[1] - المدخل إلى القانون/رمضان محمد أبو السعود-محمد حسين منصور/بيروت-لبنان:منشورات الحلبي الحقوقية(2003) ص 91- 94 .

والأصل أن يتولى أمر التشريعات ومناقشتها والتصويت عليها أفراد الشعب أنفسهم مباشرة ولكن هذه الطريقة كانت تطبق في بعض البلاد قليلة العدد (كما في المقاطعات السويسرية)، حيث من المستحيل لمعظم الدول جمع أفراد الشعب وجعلهم يصوتون على تشريع تريد إقراره[1].

ولهذا يعهد بأمر التشريع في الأنظمة الديمقراطية إلى مجلس خاص يتولاه باسم الشعب ونيابة عنه ويطلق عليه اسم مجلس الشعب أو المجلس النيابي أو مجلس الأمة.

على أن يتولى رئيس الجمهورية في بعض الحالات الاستثنائية أمر التشريع أيضاً فيسن التشريعات التي يطلق عليها حينئذٍ المراسيم التشريعية.

المرسوم التشريعي:

هو تشريع يسنه رئيس الجمهورية في بعض الأحوال التي يتولى فيها سلطة التشريع.

ورئيس الجمهورية لا يصدر المرسوم التشريعي بصفته رئيساً للسلطة التنفيذية بل باعتباره يمارس في بعض الأحوال الاستثنائية التي نص عليها الدستور مهام السلطة التشريعية.

ولذلك لا يعتبر المرسوم التشريعي عملاً تنفيذياً بل هو عمل تشريعي بحت ولا يختلف المرسوم التشريعي عن التشريع في شيء إلا في صدوره عن رئيس الجمهورية حين يمارس السلطة التشريعية بدلاً عن مجلس الشعب[2].

ويتولى رئيس الجمهورية سلطة التشريع، بحسب دستورنا الحالي[3] في الحالات الثلاث التالية:

1. في المدة الفاصلة بين ولايتي مجلسين، أي خلال الفترة الواقعة بين انتهاء ولاية مجلس الشعب السابق وبدء ولاية مجلس الشعب الجديد.
2. خارج دورات انعقاد مجلس الشعب، أي خلال الفترات التي يكون فيها مجلس الشعب موجوداً ولكنه غير منعقد.
3. في أثناء انعقاد دورات مجلس الشعب إذا استدعت ذلك الضرورة القصوى المتعلقة بمصالح البلاد القومية أو بمقتضيات الأمن القومي.

ففي الحالتين الأولى والثانية، لا يمارس مجلس الشعب مهمة التشريع ولذلك لا بد أن يعهد بهذا الأمر إلى رئيس الجمهورية حتى لا تتوقف حركة التشريع في البلاد، أما في الحالة الثالثة

---

[1] - المدخل للعلوم القانونية: (النظرية العامة للقانون.والنظرية العامة للحق)\توفيق حسن فرج/ بيروت لبنان:/الدار الجامعية (1988) . ص 209

[2] - إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق /2003-2004 ص 123- ص 124

[3] - المادة 111 من الدستور السوري .

فيكون مجلس الشعب موجوداً ومنعقداً، ولكن هنالك ظروف استثنائية، كنشوب حرب أهلية أو حدوث أزمة اقتصادية عنيفة.

ويشترط عدد من الدساتير أن يكون هنالك تفويض من مجلس الشعب لرئيس الجمهورية لإصدار المراسيم التشريعية في هذه الحالة الثالثة ولذا يطلق رجال القانون على هذه المراسيم اسم تشريعات التفويض بينما يطلقون على المراسيم في الحالتين الأولى والثانية اسم تشريعات الضرورة.

وقد نص دستورنا على أن المراسيم التشريعية التي تصدر خارج انعقاد دورات مجلس الشعب يجب أن تعرض على المجلس في أول دورة انعقاد له، كما أن المراسيم التشريعية التي تصدر أثناء انعقاد دورات المجلس بسبب حالة الضرورة القصوى المتعلقة بمصالح البلاد القومية أو بمقتضيات الأمن القومي يجب أن تعرض على المجلس أيضاً في أول جلسة له، ولمجلس الشعب الحق في إلغاء المراسيم التشريعية المعروضة عليه في هاتين الحالتين أو تعديلها، وذلك بأكثرية ثلثي أعضائه المسجلين لحضور الجلسة على أن لا تقل عن أكثرية أعضائه المطلقة. أما المراسيم التشريعية التي تصدر في الفترة الفاصلة بين ولايتي مجلسين فلا تعرض على مجلس الشعب فيما بعد، ولكن يمكن أن تعدل أو تلغى كما تعدل أو تلغى التشريعات عادة.

مراحل سن التشريع:

لا بد للتشريع لكي يتم وجوده من مراحل أربعة[1]:

1 . الاقتراح.

2 . الإقرار.

3 . الإصدار.

4 . النشر.

[1] - أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون/عبد الرزاق احمد السنهوري-احمد حشمت أبو ستيت/ القاهرة-مصر:لجنة التأليف والترجمة(1941) 158 – 160

1- الاقتراح:

إن مرحلة اقتراح التشريع هي المرحلة الأولى التي يبدأ فيها التشريع بأخذ طريقه إلى الظهور والوجود. ويعود حق اقتراح التشريعات إلى رئيس الجمهورية بصفته ممثلاً للسلطة التنفيذية من جهة، وإلى كل عضو من أعضاء مجلس الشعب من جهة ثانية، ويسمى الاقتراح الصادر عن رئيس الجمهورية في هذا الشأن مشروع قانون أما الاقتراح الصادر عن أحد الأعضاء فيسمى اقتراحاً بقانون.

2- الإقرار:

يعود إقرار التشريع أو التصويت عليه إلى مجلس الشعب وهو أهم مرحلة من مراحل تكونه على الإطلاق لأنه هو الذي يؤدي إلى إيجاده فعلاً. إلا أن التصويت على التشريع وإقراره من قبل مجلس الشعب لا يكفي وحده لجعله نافذاً وملزماً من الوجهة القانونية فلا بد له من المرور بمرحلتين:

1 . إصداره من قبل رئيس الجمهورية ليصبح قابلاً للتنفيذ.

2 . ونشره في الجريدة الرسمية ليصبح ملزماً.

3- الإصدار:

هو العمل الذي يتم به إثبات وجود التشريع بصورة رسمية، أو كما يقول بعض الفقهاء بأنه بمثابة شهادة الميلاد التي تعطى للتشريع من قبل رئيس السلطة التنفيذية وهو في بلادنا رئيس الجمهورية. ولإصدار التشريع من قبل رئيس الجمهورية فائدتان:

أ- تمكن رئيس الجمهورية من إصدار أمره إلى السلطة التنفيذية التي يعتبر رئيساً لها، بأن تطبق التشريع الذي أقرته السلطة التشريعية وبذلك تكون السلطة التنفيذية قد تلقت أوامرها من رئيسها مباشرة وليس من قبل السلطة التشريعية وهذا ما ينسجم لحد كبير مع مبدأ الفصل بين السلطات.

ب- يمكن لرئيس الجمهورية أن يراقب التشريعات الصادرة عن مجلس الشعب ويتيح له المجال لأن يردها إليه، إذا رأى أن الضرورة تدعو لذلك.

ولا يستطيع رئيس الجمهورية تعطيل التشريعات التي ترسل إليه لإصدارها بل يحدد له الدستور عادة مهلة يتوجب عليه خلالها إصدار التشريع أو إعادته إلى مجلس الشعب ليعيد النظر

فيه، وحين يصر مجلس الشعب على التشريع ويقره مرة ثانية بأغلبية معينة فإن من واجب رئيس الجمهورية إصداره[1].

4- النشر:

هو المرحلة الأخيرة التي يمر بها التشريع فيصبح بعدها نافذاً وواجب التطبيق على جميع الأشخاص الذين تتناولهم أحكامه. ولكنه لا ينفذ من حيث المبدأ إلا بعد إعلانه للناس ويكون ذلك بنشره في الجريدة الرسمية، ولا يغني عن النشر في الجريدة الرسمية أي وسيلة أخرى من وسائل الإعلام، كالنشر في الصحف العادية أو الإذاعة أو التلفزيون. ولا يغني أيضاً عن النشر في الجريدة الرسمية العلم الشخصي بالتشريع فإن كان التشريع لم ينشر بعد فإنه لا يطبق حتى على الأشخاص الذين يعلمون علماً أكيداً بوجوده.

على أن التشريع بعد نشره ومرور الفترة المحدودة لنفاذه يكون واجب التطبيق ولو لم يعلم الناس بوجوده، فليس المهم إذاً العلم بالتشريع فعلاً وإنما اتاحة الفرصة للعلم به[2]، ولولا ذلك لكان بإمكان الكثيرين من الناس مخالفة التشريع ثم التهرب من توقيع الجزاء عليهم بإدعائهم جهلهم إياه ومن هنا جاءت القاعدة القانونية التي تقضي:

" **الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً** ".

[1] - لدراسة العلوم القانونية:مبادئ القانون-النظرية العامة للحق/عبد القادر الفار/عمان- الأردن:مكتبة دار الثقافة(1994 ص 102

[2] - المدخل إلى علم القانون /عدنان جاموس / جامعة دمشق / 1985-1986 ص 63

تمارين:

مراحل سن التشريع هي بالترتيب:

1. الاقتراح .
2. الإقرار .
3. الإصدار .
4. النشر.

الإجابة الصحيحة: المرحلة الأولى الاقتراح، المرحلة الثانية الإقرار، المرحلة الثالثة الإصدار، المرحلة الرابعة النشر.

الوحدة التعليمية الرابع عشرة

2-التشريع والدستور والأنظمة

الكلمات المفتاحية:

التشريع – الدستور – الأنظمة – الرقابة القضائية – دستورية التشريع.

الملخص:

إلى جانب التشريع الذي هو النص المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية متضمناً القواعد القانونية, يوجد نوعان آخران من النصوص التي تتضمن مثل هذه القواعد وهما: الدستور من جهة والأنظمة من جهة ثانية. لذا لا بد لنا من مقارنة التشريع بالدستور والأنظمة من خلال تحديد موقع الدستور بينهما، ومقارنة الدستور بالتشريع والأنظمة بالتشريع. كما لابد من تحقيق رقابة القضاء لدستورية التشريع وقانونية الأنظمة.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء يجب أن يكون الطالب قادراً على:

المقارنة بين التشريع بالدستور والأنظمة.

تحديد موقع التشريع بين الدستور والأنظمة.

مقارنة الدستور والأنظمة بالتشريع.

أهمية رقابة القضاء لدستورية التشريع وقانونية الأنظمة.

إلى جانب التشريع وهو النص المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية متضمناً القواعد القانونية، يوجد نوعان آخران من النصوص التي تتضمن مثل هذه القواعد وهما: الدستور من جهة والأنظمة من جهة ثانية.

أولاً -مقارنة التشريع بالدستور والأنظمة

1- موقع التشريع بين الدستور والأنظمة:

هناك بين الدستور والتشريع والأنظمة نوع من التسلسل والتدرج، فالدستور هو أعلى هذه النصوص ثم يأتي بعده التشريع ثم تليه الأنظمة. وهذا يعني أن التشريع يحتل الموقع الوسط، ومن واجب التشريع ألا يخالف الدستور في أحكامه كما أنه من واجب الأنظمة ألا تخالف كلاً من الدستور والتشريع في أحكامها[1].

2- مقارنة الدستور بالتشريع:

الدستور: هو مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن سلطة خاصة تسمى بالسلطة التأسيسية والتي تتضمن النظام الأساسي للدولة والمبادئ العامة التي يقوم عليها أسلوب الحكم فيها.

$وبذلك نلاحظ أن كلاً من الدستور والتشريع يختلف عن الآخر[2]:

أ- من حيث الشكل:

إن الدستور يوضع من قبل سلطة خاصة هي السلطة التأسيسية، أما التشريع فهو من عمل السلطة التشريعية، وقد لا تختلف السلطة التأسيسية في كثير من الأحيان عن السلطة التشريعية من حيث تركيبها وتشكيلها. ولكنها تختلف مع ذلك من حيث التسمية ونوع المهمة المعهود بها إليها هي وضع دستور للبلاد لا سن التشريعات العادية.

ب- من ناحية الموضوع:

إن الدستور يتضمن النظام الأساسي للدولة والمبادئ العامة التي يقوم عليها أسلوب الحكم فيها في حين لا يرمي التشريع إلى شيء من ذلك بل تقتصر مهمته على تنظيم علاقات الدولة وأمور الأفراد ضمن حدود الدستور ونطاقه.

[1] - إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق /2003-2004. ص 129
[2] - إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق ص 106

$أي أن الدستور هو النطاق العام الذي تدخل ضمنه التشريعات فهو الذي يرسم لها الحدود التي يجب عدم تجاوزها.

3- مقارنة الأنظمة بالتشريع:

تعريف الأنظمة:

هي عبارة عن نصوص تصدر عن السلطة التنفيذية متضمنة القواعد التي تفصل أحكام التشريعات وتوضحها وتبين كيفية تنفيذها وتطبيقها[1].

والأنظمة إما أن تصدر عن رئيس الجمهورية أو الوزراء المختصين أو الإدارات العامة والمجالس البلدية، ويطلق على الأنظمة الصادرة عن رئيس الجمهورية اسم المراسيم التنظيمية، بينما يطلق على الأنظمة الصادرة عن بقية السلطات اسم القرارات التنظيمية.

وتستمد السلطة التنفيذية صلاحيتها في إصدار المراسيم والقرارات التنظيمية إما من التشريع نفسه الذي تصدر لأجله هذه المراسيم والقرارات أو من المبدأ العام الذي يعترف لها بموجبه بحقها في إصدار الأنظمة اللازمة لتنفيذ التشريعات، ولو لم يفوض أمر ذلك إليها بنص خاص.

مقارنة بين التشريع من جهة وبين المرسوم أو القرار التنظيمي من جهة:

أ- من حيث الشكل:

يختلف القرار التنظيمي عن التشريع في أنه يصدر عن السلطة التنفيذية لا عن السلطة التشريعية.

ب- من ناحية الموضوع:

يختلف القرار التنظيمي عن التشريع في أنه لا يتطرق إلى الأمور التي يعالجها بصورة رئيسية أصلية ولكن بصورة تبعية بغية تفسير التشريع وتفصيل أحكامه دون أن يستطيع $مخالفة هذه الأحكام أو تعطيلها أو التعديل فيها.

ويختلف المرسوم التشريعي عن المرسوم التنظيمي، إذ أن المرسوم التشريعي وبالرغم من صدوره عن رئيس الجمهورية كالمرسوم التنظيمي إلا انه يعتبر بمثابة التشريع نفسه ويقوم $مقامه وهو

[1] - إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق /2003-2004. ص 131

بذلك لا يخضع للتشريع بل يستطيع أن يخالف أحكامه أو يلغيها أو يعدلها. ولابد من التفريق بين المراسيم والقرارات التي تصدر عن السلطة التنفيذية فهي على نوعين:

أ . **المراسيم والقرارات التنظيمية**[2]:وهي التي ذكرناها سابقاً

ب . **المراسيم والقرارات العادية أو الفردية:**

وهي تختلف عن النوع الأول في أنها لا تتضمن قواعد قانونية عامة بل هي عبارة عن أحكام فردية خاصة بشخص أو أشخاص معينين أو بواقعة أو وقائع محددة كما في قرار تعيين موظف مثلاً أو إغلاق مقهى.

ثانياً –رقابة القضاء لدستورية التشريع وقانونية الأنظمة:

1- رقابة القضاء لدستورية التشريع:

سوف نلخص هذا بالسؤال التالي:

هل يستطيع القاضي أن يمتنع عن تطبيق التشريع إذا وجد أن أحكامه تخالف المبادئ المقررة في الدستور وتتعارض معها، أم أن من واجبه تطبيق التشريع دوماً سواء أكان موافقاً للدستور أم مخالفاً له؟

لقد ظهر حول هذا الموضوع اتجاهان متعاكسان[1]:

فأصحاب الاتجاه الأول يرون:

أنه لا حق للقضاء في مناقشة مسألة دستورية التشريع، بل عليه أن يطبق التشريع كما هو إذا كان مستوفياً لشرائطه الشكلية، ولو خالف في أحكامه مبادئ الدستور، وحجة أصحاب هذا الرأي أن السماح للقضاء بمراقبة دستورية التشريع سيؤدي حتماً إلى تدخل السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية، مما يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات.

---

[2] - وهي التي ذكرناها سابقاً

[1] - إلى علم القانون /عدنان جاموس / جامعة دمشق / 1985-1986 ص 58 – 60

أما أصحاب الاتجاه الثاني:

وعلى رأسهم ديجي وهوريو فيرون أن للقضاء الحق في مراقبة دستورية التشريع وأن عليه أن يمتنع عن تطبيق التشريع حين يتأكد من مخالفة أحكامه للدستور الذي يتوجب عليه التقيد به.

وهم يوردون لذلك حججاً عديدة أهمها:

أ- إن مراقبة القضاء لدستورية التشريع أمر تحتمه الضرورة والمنطق، لأننا لو رفضنا هذا $الحق لاستطاعت السلطة التشريعية مخالفة الدستور على هواها دون أن يمكن منعها.

ب- إن مراقبة القضاء لدستورية التشريع أمر يدخل في حدود مهامه واختصاصه لأن القضاء ملزم باحترام الدستور والتشريع وحين وجود تعارض بين أحكامهما على القاضي $تطبيق النص الأعلى مرتبة، وعليه بذلك تطبيق الدستور وترك التشريع لمخالفته إياه.

ج- إن رقابة القضاء لدستورية التشريع ليس فيها ما يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات لأن السلطتين التشريعية والقضائية ملتزمتان باحترام الدستور، فإذا خالفت السلطة التشريعية الدستور وامتنعت السلطة القضائية عن ذلك فمعنى ذلك أن السلطة التشريعية تدخلت في شؤون السلطة القضائية وليس العكس.

وبالرغم من أن هذا الرأي الثاني يبدو أقوى حجة، إلا أن القضاء في كثير من البلاد لم تمنحه $دساتيرها صراحة مثل هذا الحق،_ وقد أخذ بالرأي الأول ورفض أن يعترف لنفسه بصلاحية $مراقبة دستورية التشريعات_. أما في بلادنا فيلاحظ أن القضاء العادي يرفض بصورة عامة أن يعترف لنفسه بحق مراقبة دستورية التشريع، وأما القضاء الإداري فيستشعر من بعض قراراته أنه يعترف لنفسه بهذا الحق

2- رقابة القضاء لقانونية الأنظمة:

إن رقابة القضاء القانونية الأنظمة تعني في نفس الوقت رقابته لدستوريتها، وهذه الرقابة قد أخذت بها معظم الدول المتمدنة في عصرنا، وهي لا تقتصر فقط على المراسيم والقرارات التنظيمية بل تتناول أيضاً القرارات والمراسيم العادية، فجميع ما يصدر عن السلطة التنفيذية من مراسيم أو قرارات يمكن الطعن فيها أمام القضاء إذا خالفت في أحكامها الدستور أو التشريع..

تمارين

العبارات الصحيحة:

الدستور: هو مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن سلطة خاصة تسمى بالسلطة التأسيسية والتي تتضمن النظام الأساسي للدولة والمبادئ العامة التي يقوم عليها أسلوب الحكم فيها.

التشريع: هو النص المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية متضمناً القواعد القانونية, يوجد نوعان آخران من النصوص التي تتضمن مثل هذه القواعد وهما: الدستور من جهة والأنظمة من جهة ثانية.

الوحدة التعليمية الخامس عشرة التشريع

التشريع

3- تفسير التشريع

الكلمات المفتاحية:

التفسير – التفسير التشريعي – التفسير القضائي – التفسير الفقهي – التفسير الإداري – المدرسة التقليدية مدرسة الشرح على المتون – المدرسة التاريخية – المدرسة العلمية.أو

الملخص:

التفسير هو بيان المعنى الحقيقي الذي تدل عليه القاعدة التشريعية وإيضاحه, واستنتاج الحكم الذي تنص عليه ليمكن تطبيقه تطبيقاً صحيحاً. له عدة أنواع منها التفسير التشريعي، القضائي، الفقهي، والتفسير الإداري. وسنتعرف في هذا الجزأ على المدارس التي بحثت في التفسير كالمدرسة التقليدية أو مدرسة الشرح على المتون، المدرسة التاريخية، والمدرسة العلمية.

الأهداف التعليمية:

يتعرف الطالب في هذا الجزء على:

- تعريف التفسير ضرورته.
- أنواع التفسير ، حالاته وعيوبه.
- المدارس التي بحثت في التفسير.

ضرورة التفسير:

يتألف التشريع من قواعد عامة ومجردة توضع من قبل المشرع. فإذا عرضت قضية ما على قاضٍ يكون من واجب هذا القاضي البحث في نصوص التشريع أولاً عن القاعدة الممكن تطبيقها على القضية ثم يصدر حكمه بمقتضى هذه القاعدة بعد أن يتثبت من صحة انطباق القاعدة على القضية.

ولكن عمل القاضي ليس بهذه السهولة إذ عليه أن يتثبت من مضمون القاعدة التشريعية ويفسرها ويوضح معناها ويستخلص الحكم المطلوب تطبيقه على القضية.

تعريف التفسير:

هو بيان المعنى الحقيقي الذي تدل عليه القاعدة التشريعية وإيضاحه، واستنتاج الحكم الذي تنص عليه ليمكن تطبيقه تطبيقاً صحيحاً. ولا مجال للتفسير إلا حيث يكون هنالك نص يراد التعرف لمضمونه ولذلك لا يفسر إلا التشريع ونصوص الشريعة الإسلامية، أما العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فلا مجال لتفسير قواعدهما لعدم ورودها في نصوص مكتوبة[1].

أنواع التفسير:

تفسير التشريع قد يصدر عن المشرع نفسه الذي سنه أو عن القضاة الذين يتولون أمر تطبيقه أو الفقهاء الذين يعكفون على دراسته وبذلك يكون لدينا ثلاث أنواع[2] للتفسير:

1 . التفسير التشريعي:

يصدر عادة عن المشرع الذي سن التشريع الأصلي تشريعاً آخر لتفسيره يسمى بالقانون التفسيري حين يرى أن الضرورة تدعو لذلك.

ويعتبر القانون التفسيري الصادر عن المشرع بمنزلة التشريع نفسه الذي يراد تفسيره ولذلك فإن هذا التفسير من أهم أنواع التفسير وأقواها من الوجهة القانونية.

والقانون التفسيري الذي يصدره المشرع لا يطبق فقط منذ صدوره وإنما منذ صدور التشريع الأصلي الذي جاء ليفسره لأن القانون التفسيري لا يعتبر تشريعاً جديداً وإنما إيضاح لتشريع سابق.

---

[1] - المدخل إلى علم القانون/تأليف عباس الصراف-جورج حزبون/عمان- الأردن:مكتبة دار الثقافة(1991) ص 58

[2] - المدخل إلى علم القانون/تأليف عباس الصراف-جورج حزبون/عمان- الأردن:مكتبة دار الثقافة(1991) ص 60

2- التفسير القضائي:

وهو من أكثر أنواع التفسير شيوعاً وأشدها أهمية من الوجهة العملية ومن مزايا التفسير القضائي أنه ذو طابع عملي لأن القاضي إنما يعمد إليه بمناسبة قضية أو قضايا معينة يطلب إليه الحكم فيها، فيحاول جهده أن يفسر التشريع في ضوء ظروف هذه القضية أو القضايا وملابساتها، ويكون تفسيره أشد صلة بالحياة العملية وأكثر ملائمة لضرورات الواقع من أي تفسير غيره.

لكن ليس للتفسير القضائي أية صفة إلزامية إلا بالنسبة للقضية التي صدر من أجلها ومعنى ذلك أن التفسير الذي يصدره المشرع حول قاعدة ما يجب أن يراعى بالنسبة لجميع القضايا التي تطبق فيها هذه القاعدة أما التفسير الذي تصدره المحكمة فهو لا يلزم إلا في القضية التي فصل فيها ومن الجائز مخالفته وتبني تفسير معاكس.

3- التفسير الفقهي:

وهو التفسير الذي يصدر عن الفقهاء وذوي الاختصاص في القانون.

ومن أبرز صفاته أنه لا يتمتع بأية قوة إلزامية، وإنما هو عبارة عن مجرد رأي يصدره فقيه أو رجل قانون، وقد يأخذ به أو يهمل.

4- التفسير الإداري:

وهو يتمثل عادة في البلاغات والتعليمات التي تصدرها الإدارات العامة المختصة إلى موظفيها لتفسر لهم فيها أحكام التشريعات التي يكلفون بتطبيقها وتبين كيفية هذا التطبيق.

حالات التفسير وأسبابه:

إن أهم العيوب التي تطرأ على النصوص التشريعية فتجعلها بحاجة إلى التفسير هي[1]:

أ- الخطأ المادي:

يعتبر أن هناك خطأً مادياً في النص إذا كانت العبارة التي ورد بها هذا النص تتضمن خطأً فادحاً في بعض ألفاظها بحيث لا يستقيم معنى النص إلا بتصحيحها، وهذا النوع من العيوب هو أبسطها وأقلها شأناً لأنه في الواقع لا يستوجب تفسير النص المعيب وإنما تصحيحه فقط.

[1] - المدخل إلى علم القانون/مهاب نجا/طرابلس-لبنان:دار الشمال(1990) ص 165- 166

ب- الغموض أو الإبهام:

يعتبر النص غامضاً أو مبهماً إذا كانت عباراته غير واضحة كل الوضوح بحيث تحتمل التفسير أو التأويل وبحيث يمكن أن نستنتج منها أكثر من معنى واحد ومهمة القاضي في مثل هذه الحالة هي أن يختار من بين المعاني المختلفة التي يحتملها النص المعنى الأكثر صحة.

أمثلة:

ينص القانون المدني الفرنسي على أن: " بيع ملك الغير باطل..." فهذه المادة تقضي ببطلان البيع الذي يجريه البائع على شيء لا يملكه ولكن في القانون الفرنسي نوعين من البطلان بينهما اختلاف كبير في الأحكام المترتبة عليهما وهما: البطلان المطلق والبطلان النسبي، ومن أبرز نقاط الاختلاف بينهما أن العقد الباطل بطلان مطلق يمكن أن يدعي ببطلانه كل ذي مصلحة وبصورة خاصة كل من المتعاقدين، كما يمكن أن تقضي المحكمة ببطلانه، أما العقد الباطل بطلان نسبي فلا يستطيع أن يطالب ببطلانه إلا المتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته.

ت- النقص أو السكوت:

ويعتبر أن هنالك نقصاً في النص إذا جاءت عبارته خالية من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها أو إذا أغفل التعرض لبعض الحالات التي كانت يفترض أن ينص عليها.

مثال:

لقد ورد في المادة (151) من القانون المدني المصري القديم أنه: " كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر "، فهذه المادة قد يفهم منها أن كل فعل للإنسان أياً كان نوعه يستوجب إلزام هذا الإنسان بالتعويض عما ينشأ عنه من ضرر للآخرين ولكن الواقع أن المرء لا يلزم بالتعويض إلا عن الأضرار التي تنجم عن أفعاله غير المشروعة أو الخاطئة، أما أفعاله المشروعة التي لا يتعدى فيها على غيره فإنه لا يسأل التعويض عنها ولو سببت لهذا الغير بعض الأضرار.فنجد أن نص المادة يجب أن يكون على النحو التالي:

" كل فعل غير مشروع نشأ عنه ضرر للغير... ".

ث- التناقض أو التعارض:

يكون هنالك تناقضاً أو تعارضاً بين نصين إذا كان الحكم الذي يدل عليه أحدهما يخالف تماماً الحكم الذي يمكن أن يستنتج من الآخر ومهمة القاضي في هذه الحالة هي أن يحاول التوفيق بقدر الإمكان بين النصين فيسعى إلى أن يطبق كلاً منهما في زمرة معينة من الحالات.

مثال:

ورد في المادة " 115 " من القانون المدني أنه: " يقع باطلاً تصرف المجنون أو المعتوه إذا صدر التصرف بعد شهر قرار الحجر ".

وتنص المادة (200) من قانون الأحوال الشخصية على أن: " المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ويقام على كل منهما قيم بوثيقة "، فالمادة الأولى تشترط لاعتبار تصرفات المجنون والمعتوه باطلة صدور قرار بالحجر عليهما.

وتعتبر المادة الثانية أنهما محجورين لذاتهما، وبالتالي فإن تصرفاتهما تعتبر باطلة لمجرد الجنون أو العته حتى لو لم يصدر قرار بذلك.

مدارس التفسير المختلفة:

أولا-المدرسة التقليدية أو مدرسة الشرح على المتون:

نستطيع أن نجمل مبادئ المدرسة التقليدية في أنها تقوم على التقيد بنصوص التشريع تقيداً تاماً وعدم الخروج عنها مطلقاً وقد ظهرت هذه المدرسة في فرنسا[1].

وسبب انتشار هذه المدرسة هو صدور عدد من التشريعات في فرنسا مطلع القرن التاسع عشر وبخاصة صدور القانون المدني الفرنسي في عهد نابليون.

أما المبادئ التي نادت بها هذه المدرسة في تفسير التشريع فيمكن إيجازها:

1 . على القاضي أن يستمد أحكامه كلها من نصوص التشريع لأن التشريع يتضمن كل ما تدعو الحاجة إليه من القواعد القانونية.

2 . ليس على القاضي أن يتوقف في تفسيره للتشريع عند ألفاظه بل عليه أن يبحث عن نية المشرع التي تبدو من خلال عباراته.

3 . هذه النية على القاضي أن يبحث عنها لدى المشرع الذي أصدر التشريع وفي الزمن الذي أصدره فيه وإذا لم يكن هذا ممكناً فعلى القاضي أن يفترض هذه النية افتراضاً.

ولا شك أن المدرسة التقليدية في تفسير التشريع تؤدي إلى وضع ضوابط صحيحة وواضحة ومحددة لهذا التفسير فتبعد بذلك احتمال كل تفسير اعتباطي أو كيفي من قبل القضاة وتؤمن وجود نوع من الاستقرار في المعاملات القانونية.

[1] - المدخل إلى القانون/حسن كيرة/الإسكندرية مصر:منشأة المعارف(1974) . ص 402 - 403

ثانياً –المدرسة التاريخية:

إن الفكرة الرئيسية التي تقوم عليها هذه المدرسة هي ضرورة تفسير هذا التشريع تفسيراً جريئاً واسعاً، فلا تتبع بالنسبة إليه دوماً إرادة المشرع نفسه الذي صدر عنه، بل تراعى فيه ضرورات المجتمع والتطور الحالي، لأن النصوص يجب ألا تجمد عند إرادة واضعها الأصلي وإنما عليها أن تتبع الزمن في تطوره وسيره[2].

وتعتبر هذه المدرسة أن النصوص القانونية بعد صدورها عن المشرع تصبح ذات وجود مستقل قائم بذاته منفصل عن إرادة المشرع نفسه بحيث يمكن تكييفها وتفسيرها وفقاً للتطورات المختلفة التي تطرأ على المجتمع، وبحسب هذه النظرية فإن النص التشريعي لا يفسر بحسب ما أراده المشرع في الماضي وإنما بحسب ما يمكن أن تكون عليه نية المشرع حالياً حين تطبيق هذا النص، وهذا ما يعبر عنه بأنه لا يبحث عن النية المفترضة للمشرع بل عن النية المحتملة.

ثالثا –المدرسة العلمية:

لقد أسسها الفقيه جيني ومن أهم مبادئها[1]:

على القاضي أن يتمسك أولاً بالنصوص وأن يفسرها وفقاً لإرادة المشرع الذي صدرت عنه، وهذا المبدأ يتفق إلى حد بعيد مع وجهة نظر المدرسة التقليدية.

ولكن البحث عن إرادة المشرع الذي وضع التشريع لا يمكن أن يستمر بصورة مطلقة بل هنالك ظروف وحاجات متجددة لا بد من الاعتراف معها بأن نية المشرع غير معلومة بالنسبة إليها، وعندئذ ليس على القاضي أن يجهد نفسه في البحث عن هذه النية وأن يفترضها افتراضاً وإنما يطبق على هذه الحالات الجديدة الحكم الذي يراه أدعى للمصلحة والصواب.

وإن القاضي إذا كان حراً في انتقاء الحلول الملائمة للحالات الجديدة فانتقاؤه يجب أن يكون علمياً وتسمى طريقته بالبحث العلمي الحر.

طرق التفسير ووسائله:

إن النص الصريح والواضح لا مجال لتفسيره، وأنه ليس على القاضي بالنسبة إليه إلا أن يطبقه بحذافيره دون أن يحاول تغيير معناه أو مخالفة الحكم الذي ينص عليه، وعلى هذا يقال: " لا

---

[2]- المدخل إلى القانون/حسن كيرة/الإسكندرية مصر:منشأة المعارف(1974).ص 409 - 410

[1] - المدخل إلى العلوم القانونية أو النظرية العامة للقانون /محمد محمود عبد الله/ جامعة دمشق -1982- ص 154 – 150

مساغ للاجتهاد في مورد نص "، ولكن في سبيل معرفة مضمون النص وإيضاح معناه واستنتاج الحكم لا بد للقاضي من إتباع عدد من الطرق لتفسير النصوص[2]:

أولاً: طرق التفسير الداخلية:

وتقوم هذه الطرق على تحليل النص تحليلاً منطقياً واستنتاج الحكم المطلوب منه مباشرة دون اللجوء لإيضاحه إلى وسائل ومستندات أخرى خارجة عنه ومن أهم هذه الطرق[3]:

1- الاستنتاج بطريق القياس:

يلجأ إليه لتطبيق حكم وارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها في التشريع وذلك لوجود الشبه الأكيد بين الحالتين أو لوجود ما يسمى بالاتحاد بينهما في السبب أو العلة.

مثال:

جاء في أحد الأحاديث النبوية الشريفة أن قاتل مورثه لا يرث فالحكم هنا هو حرمان الوارث الذي يقتل مورثه من نصيبه في الإرث والسبب هو قتله للمورث وقيست هذه الحالة على حالة ثانية تتعلق بالموصى له الذي يقتل الموصي فيطبق عليه نفس الحكم ويحرم من حقه في الوصية لتشابه الحالتين واتحادهما بالعلة.

2- الاستنتاج من باب أولى:

يلجأ إليه لتطبيق حكم وارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها بالتشريع لا لأن علة الحكم في الحالة الأولى أو سببه متوافران في الحالة الثانية فحسب بل لأنهما أكثر توافراً في الحالة الثانية من الأولى.

مثال:

فمن الآية الكريمة التي تأمر الإنسان بحسن معاملة أبويه نستنتج: { لا تقل لهما أف ولا تنهرهما} أنه من باب أولى أن من واجبه أيضاً عدم ضربهما.

3- الاستنتاج بمفهوم المخالفة:

يلجأ إليه لتطبيق عكس الحكم الوارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها في التشريع، لأن هذه الحالة الثانية تختلف كل الاختلاف عن الأولى بحيث تعتبر معاكسة لها تماماً.

---

[2] - المدخل إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق /2003-2004. ص 149

[3] -المدخل إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق /2003-2004. ص 19 – 153 ، المدخل إلى العلوم القانونية أو النظرية العامة للقانون /محمد محمود عبد الله/ جامعة دمشق -1982-1983 .ص 155 – 158

فطريقة الاستنتاج بمفهوم المخالفة هي عكس الاستنتاج بطريقة القياس.

ففي الاستنتاج بمفهوم المخالفة تكون الحالة الغير المنصوص عليها بنص تشريعي معاكسة للحالة المنصوص عليها بذلك النص ولهذا فإن من الضروري أن تطبق عليها حكماً معاكساً.

مثال:

إن المادة " 405 " من القانون المدني تنص على: " إذا هلك المبيع قبل التسليم... انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن "، من الممكن أن نستنتج بمفهوم المخالفة أنه إذا هلك المبيع بعد التسليم لا قبله فلا ينفسخ المبيع ولا يكون للمشتري الحق في استرداد الثمن.

ثانياً: طرق التفسير الخارجية:

ونعني بذلك مجموعة الأدلة والوثائق والوسائل التي يستعين بها القاضي لتفسير النص التشريعي وبيان معناه. وأهم هذه الطرق[1]:

1- حكمة التشريع وغايته:

إن المشرع حين يضع نصاً من النصوص لا يفعل ذلك بصورة عفوية أو اعتباطية وإنما هو يختار هذا النص سعياً وراء غاية يحرص عليها أو تحقيقاً لحكمة يراها والحكمة التي يتضمنها تساعد إذن على تفسير هذا النص حين غموضه وعلى استنتاج الحكم الصحيح منه.

وعلى هذا مثلاً حين يشدد التشريع العقوبة في حالة " السرقة ليلاً " فإننا نستطيع أن نفسر هذه العبارة بأنها السرقة التي تقع أثناء الظلام وليس ليلاً بالمعنى الفلكي الذي يمتد من الغروب إلى الشروق إذ أن المشرع لا يقصد في الواقع أن يشدد العقوبة بجريمة السرقة التي تقع خلال ساعات معينة وإنما خلال ظروف معينة وهي وجود الظلام.

2- الأعمال التحضيرية:

تشمل الأعمال التحضيرية جميع الأعمال التي سبقت صدور التشريع عن السلطة التشريعية أو رافقته.

وأهم الوثائق التي تتضمنها هذه الأعمال التحضيرية:

أ . المذكرة الإيضاحية أو لائحة الأسباب الموجبة التي ترفق عادة بالتشريع بيان الأسباب التي دعت إلى إصداره والغاية المتوخاة منه وأهم ما يتضمنه من قواعد قانونية بارزة.

[1] -المدخل إلى العلوم القانونية أو النظرية العامة للقانون /محمد محمود عبد الله/ جامعة دمشق -1982-1983 .ص 160 – 162

ب . الدراسات التي تقوم بها اللجان التشريعية المختصة حول هذا التشريع بعد إحالته إليها.

ج- مناقشات أعضاء مجلس الشعب المتعلقة بهذا التشريع حين عرضه عليهم للتصويت عليه وإقراره والإيضاحات التي يدلى بها حوله.

ج- المصادر أو السوابق التاريخية:

هي المصادر التي أخذ عنها التشريع قواعده واستمد منها أحكامه، فالتشريعات الأجنبية تعتبر بمثابة مصادر تشريعية لأغلب تشريعاتنا.

كما أن الشريعة الإسلامية تعتبر أيضاً المصدر التاريخي لقانون الأحوال الشخصية.

فعندما يجد القاضي نفسه أمام نص تشريعي غامض بإمكانه أن يرجع إلى المصدر الأصلي الذي استمد منه هذا التشريع أحكامه وأن يفسر النص في ضوئه.

تمارين:

العبارات الصحيحة:

الغموض أو الإبهام: إذا كانت العبارة التي ورد بها هذا النص تتضمن خطأ فادحاً في بعض ألفاظها بحيث لا يستقيم معنى النص إلا بتصحيحها.

الخطأ المادي: إذا كانت عباراته غير واضحة كل الوضوح بحيث تحتمل التفسير أو التأويل وبحيث يمكن أن نستنتج منها أكثر من معنى واحد.

التناقض أو التعارض: إذا جاءت عبارة النص خالية من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها أو إذا أغفل التعرض لبعض الحالات التي كانت يفترض أن ينص عليها.

النقص أو السكوت: إذا دل الحكم بين نصين على أحدهما يخالف تماماً الحكم الذي يمكن أن يستنتج من الآخر.

الوحدة التعليمية السادس عشرة

التشريع

4- تطبيق التشريع من حيث الزمان والمكان أو تنازع القوانين

الكلمات المفتاحية:

تطبيق التشريع من حيث الزمان – تطبيق التشريع من حيث المكان – المبدأ العام – النظرية التقليدية – النظرية الحديثة.

الملخص:

قد تحدث وقائع قانونية تجاوز في بعض عناصرها حدود الدولة الواحدة وتمتد إلى دول متعددة، ومن المهم أن نحدد مدى إمكانية تطبيق تشريعات هذه الدول المختلفة عليها، هذا ما نعبر عنه بتطبيق التشريع من حيث المكان. وقد تصدر في فترات متعاقبة تشريعات ضمن حدود الدولة الواحدة يخالف بعضها أو يناقض البعض الآخر، ومن المهم أيضاً أن نحدد مدى إمكانية تطبيق كل من هذه التشريعات على الوقائع القانونية، هذا ما نعبر عنه بتطبيق التشريع من حيث الزمان .

وفي كلتا الحالتين يكون هناك تشريعان يتنازعان الواقعة أو القضية الواحدة ويحاول كل منها أن يشملها بحكمه. والتنازع سواء من حيث المكان أو الزمان لا يقع بين التشريعات وحدها وإنما يقع بين القواعد القانونية المختلفة أياً كان مصدرها.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء يجب أن يكون الطالب قادراً على:

تطبيق التشريع من حيث الزمان بكافة نظرياته ومبادئه والحلول المتبعة في نظامنا.

تطبيق التشريع من حيث المكان بكافة نظرياته ومبادئه والحلول المتبعة في نظامنا.

قد تحدث وقائع قانونية تجاوز في بعض عناصرها حدود الدولة الواحدة وتمتد إلى دول متعددة، ومن المهم في هذه الحالة أيضاً أن نحدد مدى إمكانية تطبيق كل من تشريعات هذه الدول المختلفة عليها، وهذا ما نعبر عنه بتطبيق التشريع من حيث المكان.

وقد تصدر في فترات متعاقبة تشريعات ضمن حدود الدولة الواحدة يخالف بعضها أو يناقض البعض الآخر، ومن المهم في هذه الحالة أيضاً أن نحدد مدى إمكانية تطبيق كل من هذه التشريعات على الوقائع القانونية التي تحدث في فترات متعاقبة، وهذا ما نعبر عنه بتطبيق التشريع من حيث الزمان.

وفي كلتا الحالتين يكون هناك تشريعات يتنازعان الواقعة أو القضية الواحدة ويحاول كل $منها أن يشملها بحكمه.

فإذا كان التنازع بين تشريعات متعاقبة ضمن الدولة الواحدة كان تنازعاً من حيث الزمان، وأما إن كان بين تشريعات دول متعددة فهو تنازع من حيث المكان.

والتنازع سواء من حيث المكان أو الزمان لا يقع بين التشريعات وحدها وإنما يقع بين القواعد القانونية المختلفة أياً كان مصدرها.

أولاً- *تطبيق التشريع من حيث المكان*

1 -المبدأ العام

عرض المبدأ:

المبدأ الذي يتبع في هذا الموضوع يبدو سهلاً ومنطقياً في نفس الوقت: فالتشريع يطبق منذ صدوره ونفاذه لحين إلغائه فهو لا يسري على ما تم من أفعال وتصرفات قبل نفاذه وهو لا يتناول في حكمه ما ينشأ عن هذه الأفعال والتصرفات بعد زواله وإنما ينحصر تأثيره ومفعوله فيما بين هاتين النقطتين نقطة مبدأه ونقطة منتهاه[1].

وينتج عن هذا أن التشريع الجديد يطبق فوراً منذ نفاذه بالنسبة للمستقبل ولكنه لا يسري على الماضي.

ويسمى التطبيق الفوري للتشريع بالأثر المباشر للتشريع، أما عدم سريانه على الماضي فيسمى بعدم رجعية التشريع.

---

[1] - إلى علم القانون /عدنان جاموس / جامعة دمشق / 1985-1986 . ص 78

فالمبدأ يقوم على فكرتين:

أ- الأثر المباشر للتشريع:

وهذا يقتضي تطبيق التشريع الجديد فوراً ووقف العمل بالتشريع السابق.

ب- عدم رجعية التشريع:

وهذا يقتضي عدم سريان التشريع الجديد على الماضي بل تطبيق التشريع القديم على ما تم من أفعال وتصرفات قبل نفاذ التشريع الجديد[1].

مثال:

لو صدر تشريع يمنع تهريب الذهب خارج البلاد فإنه يطبق فوراً بالنسبة لجميع الأفعال التي ترتكب بعد نفاذه.

مثال:

لو فرضنا أن تشريعاً جديداً يشترط لصحة هبة العقار أن تكون بسند رسمي، فإن كل هبة عقار لا تتم بسند رسمي بعد نفاذ التشريع الجديد تعتبر باطلة، بينما تعتبر كل هبة تمت قبل نفاذ التشريع صحيحة.

ضرورة هذا المبدأ:

إن ضرورة تطبيق التشريع الجديد فوراً لا تحتاج إلى تبرير لأن التشريع الجديد يصدر ليلغي التشريع القديم ويحل محله.

أما ضرورة عدم سريان التشريع الجديد على الماضي أو عدم رجعية التشريع فمبدأ هام يستند إلى مبررات كثيرة من المنطق والعدل والمصلحة.

صعوبة تطبيق هذا المبدأ:

في الواقع هنالك حالات لا يثير فيها تطبيق هذا المبدأ أية صعوبة كما في الأمثلة التي ذكرناها سابقاً.

[1] - المدخل لدراسة العلوم القانونية:مبادئ القانون-النظرية العامة للحق/عبد القادر الفار/عمان- الأردن:مكتبة دار الثقافة(1994 ص 112 ، المدخل إلى القانون/رمضان محمد أبو السعود-محمد حسين منصور/بيروت-لبنان:منشورات الحلبي الحقوقية(2003) ص 254

ونلاحظ أن أي حادثة حاولنا أن نطبق التشريع عليها تكون قد تمت إما بعد نفاذ التشريع الجديد (وعندها يطبق التشريع الجديد عليها) أو قبل نفاذه (عندها تخضع لحكم التشريع القديم).

ولكن هنالك حالات كثيرة لا تنقضي فيها الوقائع والتصرفات دفعة واحدة وإنما هي تمتد فترة من الزمن بحيث تبدأ في ظل التشريع القديم ثم تستمر إلى ما بعد نفاذ التشريع الجديد.

مثال (1):

$فلو أن شخصاً أوصى بثلث ماله في ظل تشريع يجيز الوصية بثلث المال، ثم صدر بعد ذلك تشريع يحرم الوصية بأكثر من الربع، فأي التشريعين يطبق بالنسبة للوصية ؟

مثال (2):

وأيضاً شخص بلغ سن الأهلية في ظل تشريع يعتبر سن الأهلية 18 سنة، ثم بعد بلوغه سن الأهلية بعام صدر تشريع يجعل سن الأهلية 21 سنة.

هل يعتبر هذا الشخص ناقص الأهلية أم كامل الأهلية ؟

وللإجابة عن هذه الأمثلة لا بدل لنا من دراسة النظريتين التاليتين:

2 –النظرية التقليدية والنظرية الحديثة:

أ- النظرية التقليدية:

عرض النظرية:

إن المعيار الذي تتخذه هذه النظرية للتفريق بين الحالات التي يمتنع فيها تطبيق التشريع الجديد، والحالات التي يجب فيها تطبيقه، يقوم على التمييز بين ما تسميه بالحق المكتسب ومجرد الأمل[1].

وترى هذه النظرية ضرورة تطبيق التشريع القديم لا الجديد إذا كان الأمر يتعلق بحق مكتسب، لأن تطبيق التشريع الجديد على الحق المكتسب يؤدي إلى إعطائه مفعولاً رجعياً وهذا غير جائز بحسب مبدأ عدم رجعية التشريع، أما إذا كان لا يتعلق بحق مكتسب وإنما بمجرد أمل فليس في تطبيق التشريع الجديد في هذه الحالة ما يمس بمبدأ عدم رجعية التشريع.

من أهم الأمثلة على ذلك:

[1] -المدخل لدراسة العلوم القانونية:مبادئ القانون-النظرية العامة للحق/عبد القادر الفار/عمان- الأردن:مكتبة دار الثقافة(1994 ص 114

لو أن إنساناً أوصى بثلث تركته في ظل تشريع يجيز الوصية بالثلث ثم صدر بعد ذلك تشريعاً جديداً يحرم الوصية بأكثر من الربع فإذاً علينا التفريق بين الحالتين:

أ . إذا كان الموصي قد توفي قبل صدور التشريع الجديد، فإن الموصى له بمجرد وفاة الموصي يصبح ذا حق مكتسب في الوصية وتؤول إليه ملكية ما أوصي له به، وعلى هذا لا يجوز أن يطبق التشريع الجديد على هذه الوصية، لأن تطبيقه يؤدي إلى المساس بحق الموصى له، وهو حق مكتسب.

ب . أما إذا كان الموصي لم يمت بعد حين صدور التشريع الجديد فإن هذا التشريع يجب أن يطبق فوراً على الوصية المذكورة فلا تجوز إلا بمقدار ربع التركة فقط.

والسبب في تطبيق التشريع الجديد في هذه الحالة هو أن تطبيقه لا يؤدي إلى المساس بحق مكتسب لأن الموصى له ليس له حق مكتسب في الوصية قبل موت الموصي، وإنما له مجرد أمل فيها إذ أن الموصي يستطيع أن يرجع عن وصيته في أي وقت يشاء.

الاستثناءات من القاعدة التي تقرها النظرية التقليدية[1]:

أ– إذا نص التشريع الجديد صراحة على سريان أحكامه على الماضي، لأن مبدأ عدم رجعية التشريع لا يقيد المشرع وإنما يقيد القاضي فقط.

ومعنى ذلك أن القاضي لا يستطيع أن يجعل للتشريع مفعولاً رجعياً بحيث يطبقه بالنسبة $للحقوق المكتسبة السابقة لصدوره، في حين يستطيع المشرع فعل ذلك. إذن فمبدأ عدم رجعية التشريع يقيد القاضي ولا يقيد المشرع

ب– إذا كان التشريع الجديد يتعلق بالنظام العام:

فالتشريع الجديد إذا كان من التشريعات التي تتعلق بالنظام العام قد يُسمح في كثير من الأحيان بإعطائه مفعولاً رجعياً وتطبيقه بالنسبة للماضي.

مثال:

صدر تشريع يمنع التعامل بالذهب، وهذا يعتبر من التشريعات التي تتعلق بالنظام العام فإنه يطبق على العقود الجارية بعد إصداره وقبل صدوره. فلا يجوز الدفع بالذهب بعد صدور هذا التشريع، حتى ولو تم الاتفاق على ذلك قبل صدور التشريع.

[1] - للعلوم القانونية/أنطوان قسيس/حلب-سوريا:جامعة حلب(1967) ص 182

ج- إذا كان التشريع الجديد تشريعاً تفسيرياً، فإنه يطبق اعتباراً من تاريخ التشريع الذي جاء لتفسيره وليس من تاريخ صدوره فقط.

د- إذا كان التشريع الجديد من التشريعات الجزائية التي تلغي عقوبة سابقة أو تضمن عقوبة أخف للمتهم.

والسبب في ذلك هو أن التشريع الجديد ما دام قد ألغى العقوبة أو خفف منها فمن الضروري أن يستفيد المتهم منه لأنه أرحم بالنسبة إليه وأعدل حيث أن التشريع الجديد لا يقضي بإلغاء العقوبة أو تخفيفها إلا لشعوره بشدة وقساوة العقوبة السابقة وذلك بخلاف لو كان التشريع الجديد يعاقب على فعل لم يكن معاقب عليه سابقاً أو يتضمن عقوبة أشد من العقوبة المقررة.

فعندها يطبق التشريع القديم لأنه ليس من العدل أن نفرض عقوبة على إنسان بسبب فعل لم يكن معاقباً عليه أو نعاقبه بأشد من العقوبة التي كانت مقررة حين ارتكاب الفعل.

نقد النظرية التقليدية:

يمكننا أن نلخص النقد الذي وجه إلى النظرية التقليدية وإلى معيارها في التفريق بين الحق المكتسب ومجرد الأمل في النقطتين التاليتين[1]:

أ- غموض هذا المعيار:

إذ يصعب التفريق في الواقع بين ما يجب أن يعتبر حقاً مكتسباً فلا يطبق عليه التشريع الجديد أو مجرد أمل فيطبق عليه هذا التشريع.

وقد حاولت هذه النظرية التفريق بين الحق المكتسب ومجرد الأمل فقالت:

الحق المكتسب:

هو ما يدخل في ذمتنا وثروتنا بصورة نهائية ويصبح جزءاً منها بحيث لا يمكن انتزاعه بدون إرادتنا.

أما مجرد الأمل:

[1] - المدخل للعلوم القانونية: (النظرية العامة للقانون.والنظرية العامة للحق)\توفيق حسن فرج/ بيروت لبنان:/الدار الجامعية (1988) . ص 335

فهو عبارة عن أمنية أو احتمال قد يتحقق أو لا يتحقق.

ب- عدم صحة هذا المعيار في بعض الأحيان:

إذ يلاحظ أن هنالك بعض الحالات التي تتعلق بحق مكتسب لا بمجرد أمل ومع ذلك يطبق عليها التشريع الجديد لا القديم، وفي بعض الحالات تتعلق بمجرد أمل ومع ذلك يطبق عليها التشريع القديم.

ومن أمثلة ذلك مثال الوصية الذي طرحناه:

حيث علمنا أن الوصية لا تنشئ حقاً مكتسباً للموصى له في حال حياة الموصي وإنما هي عبارة عن مجرد أمل لا يصبح حق مكتسب إلا بوفاة الموصي.

ولكن لو أن تشريعاً جديداً صدر في حال حياة الموصي، لا ليعدل من حدود الوصية وإنما ليضف بعض الشروط عليها . كشرط إنشائها بسند رسمي عند كاتب العدل . فإن هذا التشريع لا يطبق على الوصية السابقة لصدوره حتى ولو كان الموصي لا يزال على قيد الحياة، فالوصية في هذه الحالة تظل صحيحة استناداً إلى التشريع الذي نشأت في ظله، ولا يطبق عليها التشريع الجديد بالرغم من أن تطبيقه لا يتعلق بحق مكتسب وإنما بمجرد أمل.

ب- النظرية الحديثة:

تفرق هذه النظرية بين ما يسمى بطريق إنشاء أو زوال الوضع القانوني من جهة وبين آثار ذلك الوضع أو المركز القانوني من جهة ثانية.

فكل وضع قانوني (كالوضع القانوني للدائن أو الموصي) إنما ينشأ ويزول بطرق مختلفة هي عبارة عن وقائع وتصرفات قانونية كما أن كل وضع قانوني تنتج عنه بعض الآثار (كالآثار التي تترتب على الملكية أو الوصية أو حق الدائن)[1].

[1] - المدخل إلى القانون/رمضان محمد أبو السعود-محمد حسين منصور/بيروت-لبنان:منشورات الحلبي الحقوقية(2003) ص 264

وترى هذه النظرية أن الوقائع والتصرفات التي تؤدي إلى إنشاء الأوضاع القانونية أو زوالها يجب أن تتم وفقاً لشروط التشريع الذي تمت في ظله.

فلو غير تشريع من شروط تكوين واقعة ما، فإن هذا التشريع لا يطبق على الوقائع التي تمت قبل صدوره إلا إذا نص المشرع على خلاف ذلك.

أما لو كان التشريع الجديد لا يعدل من شروط أو صحة الوقائع التي تؤدي لإنشاء وضع قانوني وإنما يعدل من آثار هذا الوضع فيجب التفريق بين حالتين[1]:

أ- بالنسبة للآثار التي نجمت سابقاً عن هذا الوضع القانوني فهنا لا يمكن تطبيق التشريع الجديد عليها، إلا إذا نص المشرع على خلاف ذلك عملاً بمبدأ عدم رجعية التشريع.

ب- أما بالنسبة للآثار التي ستنجم عن هذا الوضع القانوني في ظل التشريع الجديد، فإن هذا التشريع هو الذي يطبق عليها عملاً بمبدأ الأثر المباشر.

مقارنة بين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة:

سنقارن بين هاتين النظريتين من خلال مثال الوصية الذي شرحناه سابقاً:

إن الوصية التي تنشأ وضعاً قانونياً للموصى له، وبحسب النظرية الحديثة يجب أن يكون هذا التصرف موافقاً من حيث تكوينه وصحته لقواعد التشريع، وعلى ذلك فالتشريع الجديد الذي يعدل من شروط صحة الوصية لا يطبق على الوصية التي أجريت قبل صدوره وإنما يطبق $عليها التشريع القديم، سواء صدر التشريع الجديد بعد وفاة الموصي أو في حياته.

وإن الآثار الناجمة عن الوصية لا تترتب بالنسبة للموصى له إلا بعد وفاة الموصي، وعلى هذا ففي حالة الوصية بثلث التركة في ظل تشريع يجيز ذلك ثم صدور تشريع جديد لا يجيز الوصية بأكثر من الربع فإننا نفرق بين ما إذا كان الموصي قد توفي قبل صدور التشريع أو بعده.

أ- إذا كان الموصي قد توفي قبل صدور التشريع الجديد:

لا يسري هذا التشريع على تلك الوصية، لا استناداً لوجود حق مكتسب كما في النظرية التقليدية ولكن لأن أثر الوصية قد ترتب قبل نفاذ التشريع الجديد.

ب- إذا توفي الموصي بعد نفاذ التشريع الجديد:

---

[1] - المدخل للعلوم القانونية/أنطوان قسيس/حلب-سوريا:جامعة حلب(1967) . ص 184

فإن التشريع الجديد يجب أن يطبق على تلك الوصية بحيث لا تنفذ إلا في حدود ربع تركة $الموصي، لا لأن –الموصى له ليس له سوى مجرد أمل قبل وفاة الموصي حسب النظرية التقليدية ولكن لأن أثر الوصية قد ترتب في ظل التشريع الجديد.

وبذلك نلاحظ أن معيار النظرية الحديثة أدق من معيار النظرية التقليدية. ويمكن ان نلاحظ على سبيل المثال أن الوصية تنشئ وضعاً قانونياً بحسب النظرية الحديثة

بعد أن درسنا النظرية التقليدية والنظرية الحديثة ننتقل لندرس:

3–الحلول المتبعة في نظامنا القانوني:

إن مسألة تطبيق التشريع من حيث الزمان مسألة معقدة وعلى حد كبير من الصعوبة وسنحاول أن نبين بعض الحلول المتبعة في نظامنا القانوني.

في القانون الجزائي:

بالنسبة للقانون الجزائي يجب التفريق بين حالتين[1]:

أ. أن يتضمن التشريع الجديد إحداث عقوبة لفعل لم يكن يعاقب عليه التشريع السابق أو تشديد العقوبة التي كان يحددها ذلك التشريع لأحد الأفعال.

ب. أن يتضمن التشريع الجديد إلغاء العقوبة التي كان يقضي بها التشريع السابق بالنسبة لفعل من الأفعال أو تخفيفها.

في أصول المحاكمات المدنية والتجارية:

نصت المادتان الأولى والثانية من قانون أصول المحاكمات على أحكام تنازع قوانين الأصول من حيث الزمان ومنها نستنتج أن قوانين الأصول تطبق فوراً " على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها ". فلو صدر تشريع جديد يجعل أمر النظر في نوع معين من الدعاوى من اختصاص محكمة جديدة غير المحكمة التي كانت تعرض عليها هذه القضايا.

فإن التشريع الجديد يطبق فوراً وتحال القضايا من المحكمة السابقة للمحكمة الجديدة.

ويستثنى من هذه القاعدة[2]:

[1] - لمدخل للعلوم القانونية/أنطوان قسيس/حلب-سوريا:جامعة حلب(1967) ص 221

[2] - إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق /2003-2004. ص 178

أ- التشريعات المعدلة للاختصاص لا تطبق إذا كان تاريخ العمل بها يبدأ بعد تاريخ ختام المرافعة في الدعوى.

ب- التشريعات المعدلة للمواعيد لا تطبق إذا كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها بل يطبق التشريع القديم الذي بدأ في ظله.

مثال:

لو صدر حكم عن المحكمة البدائية وكانت مدة الاستئناف فيه (15) يوم ثم صدر تشريع جديد يجعل مدة الاستئناف (10) أيام، فإن مدة الاستئناف تظل (15) يوم وفقاً للتشريع القديم وذلك خلافاً فيما لو صدر الحكم بعد صدور التشريع الجديد فعندها تصبح مدة الاستئناف (10) أيام وفقاً للتشريع الجديد.

في القانون المدني:

نص القانون المدني على كيفية تطبيق التشريع من حيث الزمان بالنسبة لثلاث حالات وهي:

أ- الأهلية:

نصت المادة السابعة من القانون المدني على:

" النصوص المتعلقة بالأهلية تسري على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص، وإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة، ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة ".

فلو أن شخصاً بلغ في ظل تشريع قديم سن الأهلية الكاملة (18) سنة ثم صدر تشريع جديد يحدد سن الأهلية الكاملة بـ (21) عام فإن التشريع الجديد يطبق فورياً ويعود هذا الشخص ناقص الأهلية حتى يتم سن (21) عاماً.

أما بالنسبة للتصرفات التي تصدر عن هذا الشخص (كالهبة مثلاً) فهي صحيحة في ظل التشريع القديم لأنها صدرت عن شخص كامل الأهلية، أما لو صدرت عنه بعد صدور التشريع الجديد فهي باطلة لصدورها عن شخص ناقص الأهلية.

ب- التقادم:

يجب التفريق بالنسبة للتقادم بين نوعين من الحالات[1]:

الحالة الأولى:

أن يقرر النص الجديد مدة للتقادم أطول من المدة التي يقررها النص القديم.

الحالة الثانية:

أن تكون مدة التقادم التي يقررها النص الجديد أقصر من المدة التي يقررها النص القديم.

ففي الحالة الأولى:

لنفرض أن مدة التقادم بالنسبة لحق ما كانت بحسب تشريع قديم (15) سنة ثم صدر تشريع جديد يجعل المدة (20) سنة، فلو أن تقادماً بدأ في ظل تشريع قديم وكانت قد انقضت منه (14) عام حين صدور التشريع الجديد فإن هذا التشريع يطبق فوراً ويجب عندها لاكتمال هذا التقادم أن يبلغ السنين العشرين التي ينص عليها التشريع الجديد، أما في حال أن التقادم أكمل (15) سنة قبل صدور التشريع الجديد فإن هذا التقادم يعتبر مكتملاً ويطبق عليه التشريع القديم.

أما في الحالة الثانية:

لنفرض أن مدة التقادم بحسب تشريع قديم (15) سنة ثم أصبحت بحسب تشريع جديد (5) سنوات فلو أن تقادماً بدأ في ظل التشريع القديم واستمر مدة (3) سنوات ثم صدر التشريع الجديد فإن التشريع الجديد هو الذي يطبق منذ صدوره شريطة أن تبدأ مدة التقادم اعتباراً من صدور التشريع الجديد لا من بدء التقادم السابق أي تطبق مدة السنوات الخمس إضافة لمدة الثلاث سنوات التي مرت من التقادم السابق.

أما إذا كانت المدة الباقية من التقادم السابق أقل من المدة التي يقررها التشريع الجديد فإن التقادم يكتمل بانتهاء هذه المدة الباقية ولا حاجة لتطبيق مدة التقادم الجديد.

فلو أتم التقادم السابق فرضاً (13) سنة فإنه لا تطبق عليه مدة (5) سنوات وإنما يكتفى بإتمام السنتين المتبقيتين.

مثال:

كانت مدة التقادم ضمن تشريع قديم (17) سنة وصدر تشريع جديد حددها بمدة (6) سنوات وكان التقادم قد استمر مدة (10) سنوات في ظل التشريع القديم يعتبر التقادم مكتملاً.

[1] - المدخل إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق /2003-2004. ص 176 – 177

ج- الأدلة التي تعد مسبقاً:

نصت المادة العاشرة من القانون المدني على ما يلي:

" تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدماً النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده ".

فلو أن شخصين تعاقدا على مبلغ 100 ليرة سورية وكان يجوز إثبات التعاقد بشهادة الشهود ثم صدر بعد ذلك تشريع لا يجيز إثبات التعاقد بشهادة الشهود إلا على ما لا يتجاوز 50 ل.س فاذا تجاوز العقد هذا المبلغ فيجب إثباته بسند خطي، فإنه من الممكن إثبات العقد السابق بشهادة الشهود بالرغم من أن التشريع الجديد لا يجيز ذلك، لأنه في ذلك الوقت الذي تم فيه العقد لم يكن هنالك حاجة لإعداد دليل خطي.

العقود:

يطبق بالنسبة للعقود دوماً التشريع الذي جرت في ظله سواء فيما يتعلق بشروط انعقادها أو صحتها أو فيما يتعلق بآثارها.

على أن التشريع الجديد يطبق على الغالب بالنسبة للآثار التي تنجم بعد نفاذه عن العقود السابقة إذا كان هذا التشريع من النظام العام[1].

فالتشريع الجديد لا يستطيع أن يعدل من شروط انعقاد أو صحة العقود السابقة لصدوره ونفاذه.

وكذلك لا يطبق التشريع الجديد على الآثار التي سبق أن ترتبت على العقود قبل نفاذه ولا الآثار التي ستترتب عليها بعد ذلك، بل يطبق بالنسبة لهذه الآثار التشريع القديم الذي أجريت العقود في ظله.

ثانيا -*تطبيق التشريع من حيث المكان*

مسألة تطبيق التشريع من حيث المكان تفترض وجود تنازع بين تشريعات مختلفة صادرة عن دول متعددة فيكون من الواجب انتقاء أحد هذه التشريعات لتطبيقه على القضايا التي يراد الحكم فيها.

[1] - المدخل إلى العلوم القانونية أو النظرية العامة للقانون /محمد محمود عبد الله/ جامعة دمشق -1982-1983 . ص 207

$ولقد ظهر – مبدآن متناقضان لبيان كيفية تطبيق التشريعات ومدى شمولها من حيث المكان والأشخاص هما:

مبدأ إقليمية القوانين.

ومبدأ شخصية القوانين.

مبدأ إقليمية القوانين:

تعتبر الدولة بحسب مبدأ إقليمية القوانين، صاحبة السلطان المطلق والسيادة التامة في حدود إقليمها وبذلك تكون جميع التشريعات الصادرة عن الدولة تطبق ضمن حدود الإقليم على الأشخاص الذين يقيمون فيه.

ويقوم هذا المبدأ على فكرتين[1]:

1 . تطبق تشريعات الدولة ضمن حدود إقليمها على جميع من يقيمون فيه سواء أكانوا مواطنين أو أجانب.

2 . لا تطبق هذه التشريعات ضمن حدود أقاليم الدول الأخرى بالنسبة لمواطني الدولة التي صدرت عنها، بل يخضع هؤلاء المواطنون لتشريعات الدول صاحبة السيادة على الأقاليم التي يقيمون فيها.

مبدأ شخصية القوانين:

$ويقوم هذا المبدأ على فكرتين تناقض تماماً الفكرتين اللتين يقوم عليهما المبدأ السابق وهما[2]:

1 . تطبق تشريعات الدولة على جميع المواطنين الذين ينتسبون إليها، سواء أكانوا يقيمون ضمن حدود إقليمها أم خارج هذا الإقليم.

2 . لا تطبق هذه التشريعات على الأجانب الذين يقيمون ضمن إقليم الدولة الصادرة عنها، بل يخضع هؤلاء لتشريعاتهم الوطنية.

مبررات كل من المبدأين:

إن مبدأ إقليمية القوانين ينسجم إلى حد كبير مع فكرة سيادة الدولة وسلطانها ضمن حدود إقليمها.

[1] - للعلوم القانونية/أنطوان قسيس/حلب-سوريا:جامعة حلب(1967) . ص 230

[2] - للعلوم القانونية/أنطوان قسيس/حلب-سوريا:جامعة حلب(1967) . ص 230

إلا أن مبدأ إقليمية القوانين لا يشجع كثيراً على نمو العلاقات بين أفراد الدول المختلفة لأن الأجنبي تدفعه تجارته أو مهنته للعيش في بلد غريب قد يكون حريصاً على ألا يخضع لتشريعات هذا البلد كلها.

وتبدو أهمية مبدأ شخصية القوانين بصورة خاصة بالنسبة لأمور الأحوال الشخصية من زواج أو طلاق.... إذ أن أغلب الناس حريصون بالنسبة لهذه الأمور على أن تطبق عليهم تشريعاتهم الوطنية لأنها أقرب إلى طبائعهم وعاداتهم وتقاليدهم.

تطبيق التشريع من حيث المكان بحسب نظامنا القانوني:

إن أغلب النظم في عصرنا الحاضر ومن بينها النظام المطبق في بلادنا تأخذ بالمبدأين معاً، فهي تطبق كل منهما بحسب نوع العلاقات التي يراد تطبيق التشريع عليها.

ولكننا نستطيع القول بأن مبدأ إقليمية القوانين هو الغالب بالنسبة لنظامنا القانوني.

الأمور التي يطبق بالنسبة إليها المبدآن معاً:

تدخل في هذه الزمرة في الواقع، الأمور الجزائية حيث يطبق بالنسبة إليها مبدأ إقليمية القوانين، كما يطبق مبدأ شخصية القوانين.

وذلك لأن التشريعات السورية تطبق بالنسبة لجميع الجرائم التي ترتكب على إقليمها سواء ارتكبها سوري أو أجنبي مبدأ (إقليمية القوانين) وتطبق بالنسبة للجرائم التي يرتكبها المواطنون السوريون خارج الإقليم (الأرض السورية) مبدأ (شخصية القوانين).

والسبب في ذلك هو حرص الدولة على معاقبة كل من يرتكب جريمة على أرضها تهدد سلامتها وأمنها، وتحرص على معاقبة المجرمين من أبنائها وفقاً لقواعدها ولو ارتكبوا جرائمهم خارج أرضها لأنها لا ترضى لهم اقتراف الجرائم.

الأمور التي تطبق بالنسبة إليها مبدأ إقليمية القوانين:

ومن أهم هذه الأمور:

1 - الأمور المتعلقة بالضابطة (البوليس) كتنظيم المرور ومراقبة الأسواق والمحلات...

2- القواعد المتعلقة بالأشياء من عقارات أو أموال منقولة وبما يترتب عليها من حقوق عينية.

3- القواعد المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية.

4- القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي وإجراءات المحاكمة.

5- القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة.

الأمور التي تطبق بالنسبة إليها مبدأ شخصية القوانين:

1- الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم (المادة 12).

2- الشروط الموضوعية لصحة الزواج (المادة 13) وآثار الزواج (المادة 14).

3- الطلاق (المادة 14).

4- الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب (المادة 16).

5- المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم التي تحمي المحجورين والغائبين (المادة 17).

6- الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت (المادة 18).

تطبيق التشريع من حيث المكان بالنسبة للعقود[1]:

بالنسبة للعقود وحسب المادة 20 من القانون المدني يطبق التشريع الذي يختاره المتعاقدان، فإذا لم يتفقا على تشريع معين يطبق التشريع النافذ في موطنهما المشترك، فإذا لم يكن لهما موطن مشترك يطبق التشريع في الدولة التي تم فيها العقد.

أما العقود التي تتعلق بعقار ما فيطبق عليها تشريع موقع هذا العقار.

[1] - المدخل إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق /2003-2004. ص 186

تمارين

نص القانون المدني على كيفية تطبيق التشريع من حيث الزمان بالنسبة لثلاث حالات اشرح هذه الحالات.

الوحدة التعليمية السابع عشرة

التشريع

5- إلغاء التشريع

الكلمات المفتاحية:

إلغاء التشريع – الإلغاء الصريح – الإلغاء الضمني.

الملخص:

إلغاء التشريع يعني زواله وإنهاء العمل به, فكما أن المشرع يستطيع أن يسن ما يشاء من التشريعات حين تدعو الضرورة فإنه يستطيع إلغاء التشريعات التي يرى أنها لم تعد ملائمة.
سنتعرف في هذا الجزء على إلغاء التشريع وأنواعه.

الأهداف التعليمية:

في هذا الجزء يجب أن يكون الطالب ملماً بـ:

- إلغاء التشريع.
- أنواع إلغاء التشريع.

أولاً:تعريف الإلغاء

إلغاء التشريع يعني زواله وإنهاء العمل به, فكما أن المشرع يستطيع أن يسن ما يشاء من التشريعات حين تدعو الضرورة فإنه يستطيع إلغاء التشريعات التي يرى أنها لم تعد ملائمة[2].

والتشريع إما أن يلغى دون أن يعقبه تشريع جديد يحل محله في التطبيق, وذلك كأغلب التشريعات التي تصدر خلال الظروف الاستثنائية . كظروف الحرب . والتي تلغى بانتهاء هذه الظروف.

وإما أن يستبدل بالتشريع الملغى تشريع جديد يحل محله في التطبيق.

والإلغاء إما أن يكون عاماً بحيث يشمل جميع أحكام التشريع السابق, أو جزئياً بحيث يقتصر على بعض هذه الأحكام دون بعضها الآخر.

ثانياً:السلطة التي تملك حق إلغاء التشريع

لإلغاء نص تشريعي يجب أن يكون النص الجديد الذي يتضمن هذا الإلغاء صادراً عن السلطة نفسها التي أصدرت النص السابق أو عن سلطة أعلى منها.

فهنالك تسلسل بين أنواع النصوص التي تتضمن القواعد القانونية وتسلسل بين السلطات التي تصدر عنها هذه النصوص.

وعلمنا أن الدستور الصادر عن السلطة التأسيسية هو أعلى هذه النصوص, ثم يليه التشريع الصادر عن السلطة التشريعية ثم المراسيم والقرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية.

فكل نص من هذه النصوص يلغى بنص مماثل أو بنص أعلى منه ولكنه لا يمكن أن يلغى بنص أقل منه[1].

مثال:

[2] - المدخل إلى علم القانون /عدنان جاموس / جامعة دمشق / 1985-1986 ص 74

[1] - المدخل إلى القانون/حسن كيرة/الإسكندرية مصر:منشأة المعارف(1974) .ص 336 – 337

فالنص التشريعي يمكن أن يلغى بنص تشريعي آخر أو بنص دستوري ولكنه لا يلغى بقرار إداري.

وبحسب الرأي الراجح لايعتبر النص التشريعي ملغى بسبب عدم الاستعمال, فعدم الاستعمال إنما يعني في الواقع وجود عرف مخالف لهذا النص, والعرف المخالف للنص التشريعي لا يؤدي لإلغائه.

وبحسب المادة الثانية من القانون المدني:

" لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق... ".

فالنص التشريعي يمكن الاحتجاج به وطلب تطبيقه ما دام المشرع لم يعمد إلى إلغائه.

ثالثاً:أنواع الإلغاء[2]

نصت المادة الثانية من القانون المدني على ما يلي:

" لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على الإلغاء, أو يشتمل على نص يتعارض مع النص التشريعي القديم, أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع ".

1- الإلغاء الصريح:

ويكون هنالك إلغاء صريح حين يتضمن التشريع الجديد نصاً يقضي بإلغاء التشريع السابق أو بإلغاء بعض مواده.

وهذا الإلغاء هو أبسط أنواع الإلغاء.

2-الإلغاء الضمني:

ويقع الإلغاء الضمني في إحدى الحالتين التاليتين:

[2] - المدخل إلى القانون/رمضان محمد أبو السعود-محمد حسين منصور/بيروت-لبنان:منشورات الحلبي الحقوقية(2003) ص 143.

أ . أن يشمل التشريع اللاحق على نص يتعارض مع نص التشريع القديم.

ب . أن ينظم التشريع اللاحق من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده التشريع القديم.

الحالة الأولى:

إذا تعذر تطبيق النصين في آن واحد والعمل بهما كليهما, فيعتبر أن النص اللاحق قد ألغى ضمناً النص القديم.

أما إذا أمكن التوفيق بين النصين فلا يعتبر أن النص اللاحق قد ألغى السابق وإنما يطبق كل منهما بالنسبة للحالات التي تناولها في أحكامه.

الحالة الثانية:

يعتبر التشريع اللاحق في هذه الحالة قد حل محل التشريع القديم وألغاه وإن لم ينص صراحة على هذا الإلغاء.

ومن أمثلة هذا النوع من الإلغاء حالة الدستور السوري الذي صدر عام 1950 فهو بالرغم من أنه لم ينص صراحة على إلغاء الدستور السابق له فانه يعتبر قد ألغاه ضمناً حتى بالنسبة لما يتضمنه من أحكام لا تتعارض مع أحكامه.

ويلاحظ في أغلب الأحيان أن التشريع اللاحق الذي يصدر لينظم من جديد الموضوع يتضمن عادة نصاً صريحاً بإلغاء التشريع القديم.

تمارين

العبارات الصحيحة:

الحقائق الواقعية: تتضمن الظروف (المادية، الطبيعية، المعنوية) التي تحيط بنا كالأحوال الفيزيولوجية والاقتصادية والاجتماعية والدينية، وهي أمور يجب مراعاتها حين وضع قاعدة قانونية.

الحقائق التاريخية: التطورات التي مرت بها القواعد والمؤسسات القانونية.

الحقائق العقلية: هي المبادئ التي يوحي لنا بها العقل ويدلنا على صحتها.

الحقائق المثالية: هي الأهداف التي يطمح إليها كل مجتمع ويعمل على تحقيقها.

الوحدة التعليمية الثامنة عشرة

المصادر غير التشريعية

1- الشريعة الإسلامية

الكلمات المفتاحية:

الدين – الدين المسيحي – الدين الإسلامي – الشريعة الإسلامية.

الملخص:

الدين هو (وحي من عند الله ينزل على نبي من أنبياءه لإرشاد الناس في معاشهم وفي معادهم) أو هو (كل ما يستمد من وحي القوة غير المنظورة وينسب إليها) وتحدد الأديان للإنسان واجبه نحو ربه، واجبه نحو نفسه، وواجبه نحو مجتمعه، سندرس في هذا الفصل مراحل التطور التاريخي للشريعة الإسلامية، وأثر الشريعة الإسلامية في نظامنا الحالي.

الأهداف التعليمية:

يتعرف الطالب في هذا الجزء على:

- أثر الدين المسيحي.
- أثر الدين الإسلامي.
- مراحل التطور التاريخي للشريعة الإسلامية.
- أثر الشريعة الإسلامية كمصدر للقواعد القانونية في نظامنا الحالي.

تحدثنا في الفصل السابق عن التشريع وهو المصدر الأول من المصادر الرسمية، ونخصص هذا الفصل لدراسة بقية المصادر سواء منها المصادر الرسمية وهي الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، أو المصدران التفسيريان وهما الاجتهاد القضائي والفقه.

وعلى هذا فإن الفصل الحالي يتضمن الفروع التالية:

الفرع الأول: الشريعة الإسلامية

الفرع الثاني: العرف

الفرع الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

الفرع الرابع: الاجتهاد القضائي والفقه

الشريعة الإسلامية

أثر الدين كمصدر للقواعد القانونية:

يعرف الدين بأنه: (وحي من عند الله ينزل على نبي من أنبياءه لإرشاد الناس في معاشهم وفي معادهم).

أو: (كل ما يستمد من وحي القوة غير المنظورة وينسب إليها).

وتحدد الأديان للإنسان ثلاث أنواع من الواجبات وهي:

1. واجبه نحو ربه.
2. واجبه نحو نفسه.
3. واجبه نحو مجتمعه.

أثر الدين المسيحي:

نستطيع القول أن المسيحية لم تحاول حين نشأتها تنظيم العلاقات الاجتماعية بين الناس وإيجاد نظام قانوني لهم ولكنها اكتفت بدعوتهم للتمسك بالمثل العليا وحثهم على الفضيلة والسبب في ذلك يعود كون الذين أنزل عليهم الدين المسيحي كانت لهم قواعد قانونية يتبعونها وهي مستمدة من الديانة اليهودية أو من الشريعة الرومانية ولقد حرصت الكنيسة منذ اشتداد نفوذها على تنظيم الكثير من العلاقات القانونية بين الناس لذلك يوجد قواعد قانونية تتضمنها الديانة المسيحية ولكن هذه القواعد لم تعرفها المسيحية منذ نشأتها الأولى وإنما هي من وضع رجال الكنيسة ولهذا يطلق عليها القانون الكنسي[1].

أثر الدين الإسلامي:

لم يقتصر الإسلام على الدعوة إلى عبادة الله وطاعته وإنما جاء ناظماً لأمور الدنيا والآخرة معاً، وحاول إقامة نظام قانوني واجتماعي شامل يتبعه الناس في معاملتهم وأمورهم[2].

ويختلف الإسلام عن المسيحية بأن حركة التشريع فيه رافقت الدولة الإسلامية منذ نشوئها وليس عمل الصحابة والفقهاء سوى امتداد لهذا الحركة، في حين تعتبر القواعد القانونية المسيحية من عمل رجال وفقهاء الكنيسة.

---

[1] – المدخل إلى علم القانون /هشام القاسم / جامعة دمشق /2003-2004. ص 229- 230

[2] لدراسة العلوم القانونية:مبادئ القانون-النظرية العامة للحق/عبد القادر الفار/عمان- الأردن:مكتبة دار الثقافة(1994 ص 82 – 83

لمحة موجزة عن التطور التاريخي للشريعة:

يقسم هذا التطور إلى عدة مراحل:

1 . عصر الرسول (صلعم):

تولى الرسول (صلعم) جميع أمور الدولة الإسلامية التي أنشأها من دينية أو دنيوية وكانت تعود إليه مهمة التشريع والقضاء وبيان القواعد القانونية التي يجب على الناس إتباعها.

والقواعد القانونية الإسلامية في هذا العصر كان لها مصدران وهما القرآن والسنة.

2- عصر التوسع والازدهار:

وهو يمتد حتى القرن الخامس للهجرة ونشطت فيه الحركة الفقهية وانصرف العلماء والفقهاء إلى استنباط الأحكام الشرعية وتدوينها وأهم خصائص هذا العصر:

جمع القرآن جمعاً صحيحاً وحاول الكثيرين من الفقهاء جمع السنة واعتبر القرآن والسنة المصدرين الرئيسين للشريعة الإسلامية.

لجأ الفقهاء بالإضافة إلى هذين المصدرين إلى مصدرين آخرين هما الإجماع والقياس وذلك لظهور علاقات اجتماعية جديدة أوجدتها الفتوحات الإسلامية.

وظهرت في هذا العصر مذاهب فقهية ومنها المذاهب الأربعة المعروفة: الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي، أما القضاء فكان يتولاه كبار الفقهاء ويجرونه وفقاً لمذاهبهم.

3- عصر الركود والجمود:

في هذا العصر اشتد التقيد بالمذاهب والتعصب لها وضعفت الحركة الفقهية والفكرية وتوقف الاجتهاد وصار الفقهاء يكتفون بدراسة المذاهب السابقة وشرحها.

4- عصر الحكم العثماني:

يعتبر امتداداً للعصر السابق ولكن بدت فيه ظاهرتان تجعلان من الضروري ذكره وهما:

أ . محاولة تقنين الفقه الإسلامي على الأسلوب الحديث وذلك لأن الأحكام الفقهية لم تكن موضوعة بشكل تشريعات ذات مواد متسلسلة إنما كانت منثورة في الكتب الفقهية وكان لا بد للقاضي الذي يريد أن يرجع إلى هذه الكتب ويستخلص الأحكام منها أن يواجه رجوعاً صعباً وبحثاً عسيراً فيها وذلك لكثرة الآراء المتضاربة فيها.

وأضخم عمل قام في هذا الشأن في عهد الدولة العثمانية هو مجلة الأحكام العدلية التي تضمنت الأحكام والقواعد القانونية المتعلقة بأمور المعاملات الدينية وفقاً للمذهب الحنفي والتي كانت تعتبر بمثابة قانون مدني للدولة العثمانية.

ب . محاولة وضع تشريعات حديثة مستمدة من التشريعات الأجنبية ويعتبر هذا الاتجاه نقطة تحول بارزة في تاريخ الشريعة الإسلامية.

وقد قامت هذه المحاولات بسبب تطور المدنية.

وتعقد أساليب الحياة من جهة وازدياد العلاقات والصلات مع البلاد الأجنبية من جهة ثانية

أثر الشريعة الإسلامية كمصدر للقواعد القانونية في نظامنا الحالي:

ينحصر أثر الشريعة الإسلامية حالياً كمصدر للقانون الوضعي في الجمهورية العربية السورية في الناحيتين التاليتين:

أ . الشريعة الإسلامية هي وحدها المطبقة بالنسبة للمسلمين في الأمور والأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونسب... الخ.

كما أنها تطبق بالنسبة لغير المسلمين في بعض الأمور كالإرث مثلاً. ويصعب الاستعاضة عن الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية بأحكام مستمدة من تشريعات أجنبية لأن هذه القضايا تعتبر ذات صلة بعادات الأمة وتقاليدها ومعتقداتها الدينية.

ب . يعتبر القانون المدني السوري الشريعة الإسلامية بمثابة مصدر ثاني من مصادر القانون بعد نصوص التشريع، وذلك يعني أن الشريعة الإسلامية لم تعد المصدر الرئيسي للقواعد القانونية في بلادنا، ولكنها تعتبر كمصدر مكمل أو متمم للتشريع ويرجع إليها بمختلف مذاهبها لا إلى مذهب واحد منها.

تعتبر الشريعة الإسلامية من المصادر التاريخية للقانون المدني حيث استمد هذا القانون الكثير من أحكامه منها ومعظم أحكامه الأخرى لا تتعارض مع مبادئها وقواعدها.

تمارين

أشر إلى الجمل الصحيحة مما يلي:

1. الشريعة الإسلامية هي وحدها المطبقة بالنسبة للمسلمين في الأمور والأحوال الشخصية .

2. يعتبر القانون المدني السوري الشريعة الإسلامية بمثابة مصدر أول من مصادر القانون .

3. تطبق الشريعة الإسلامية بالنسبة لغير المسلمين في الأمور والأحوال الشخصية.

الإجابة الصحيحة رقم 1.

الوحدة التعليمية التاسعة عشرة
المصادر غير التشريعية
2- العــرف

الكلمات المفتاحية:

العرف – العنصر المادي – العنصر المعنوي – القواعد العرفية – التشريع.

الملخص:

يأتي العرف بالنسبة لأغلب الشرائع بعد التشريع مباشرة في المكانة والمنزلة والأهمية. والعرف هو عادة يشعر الناس بأنها ملزمة لهم من الوجهة القانونية. له مساوئ عديدة تعاكس ما يتمتع به التشريع من مزايا، سندرس في هذا الفصل العرف وعناصره، أثره بالنسبة لمختلف فروع القانون، ودور القضاء بالنسبة للعرف وصلته بالتشريع.

الأهداف التعليمية:

يتعرف الطالب في هذا الجزء على:

- مكانة العرف بالنسبة لبقية المصادر.
- عناصر العرف، مزاياه ومساوئه.
- دور القضاء بالنسبة للعرف.
- صلة العرف بالتشريع.

مكانة العرف بالنسبة لبقية المصادر:

يعتبر القانون المدني السوري العرف بمثابة مصدر ثالث من مصادر القانون بعد التشريع والشريعة الإسلامية.

أما القانون المدني المصري فقد قدم العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية معتبراً إياه المصدر الثاني.

وكذلك فإن العرف يأتي بالنسبة لأغلب الشرائع بعد التشريع مباشرة في المكانة والمنزلة والأهمية.

إن العرف يعتبر متأخراً في المرتبة عن التشريع بالنسبة لأغلب الشرائع حالياً, ففي الدول المتمدنة هناك هيئات ومجالس مختصة تعود إليها مهمة التشريع وسن القواعد القانونية التي تصدر بشكل تشريعات والتي تعتبر المصدر الأول في القانون.

يعتبر العرف أشد قدماً من التشريع من الوجهة القانونية.

مزايا العرف ومساؤه:

أهم ميزة يتمتع بها العرف هي أنه بسبب نشأته الخاصة عن طريق التعامل بين الناس فيعتبر منبثقاً عن المجتمع نفسه وهو يبدو بالتالي أشد المصادر ملائمة لرغبات المجتمع وحاجته وأكثرها تمشياً معه في سيره وتطوره. كما أن الخضوع للعرف يعتبر أكثر سهولة من الخضوع إلى غيره من المصادر [1].

لأن العرف لا يفرض على الناس فرضاً من قبل هيئات خارجة عنهم وإنما هم الذين يخلقونه بأنفسهم ويتبعونه بمحض إرادتهم (فالتشريع وإن يكن يعتبر صادر عن الأمة فهو من الوجهة العملية يبدو للأفراد وكأنه مفروض عليهم من قبل الهيئات التي تصدره خلافاً للعرف الذي يعتبر صادر عن الأفراد أنفسهم).

وأن للعرف مساوئ عديدة تعاكس ما يتمتع به التشريع من مزايا وأهمها[2]:

1 . بطؤه في الانتشار وصعوبة تغييره فالعرف يتطلب فترة من الزمن ريثما يستقر ويثبت.

---

[1] - المدخل إلى علم القانون/مهاب نجا/طرابلس-لبنان:دار الشمال(1990) . ص 94

[2] - المدخل إلى علم القانون/تأليف عباس الصراف-جورج حزبون/عمان- الأردن:مكتبة دار الثقافة(1991) .ص 53

ومتى ثبت يصعب انتزاعه واستبدال غيره به مما يعيق تطور المجتمع.

2 . صعوبة معرفته وإثباته وتحديد تاريخه فالعرف لا يوجد نصوص مكتوبة يمكن الرجوع إليها للتأكد من قواعده ومعرفة تاريخ بدء العمل بها أو زواله. كما يصعب بصورة خاصة تحديد تاريخ صحيح لموعد بدء العمل بهذه القواعد أو انتهاؤه.

3 . اختلاف أعراف الدولة الواحدة فالعرف لا يصدر عن هيئة واحدة تضع قواعده وإنما ينشأ عن تعامل الناس وهذا التعامل يختلف باختلاف الفئات التي يصدر عنها أو المناطق التي يطبق فيها مما يؤدي إلى اختلاف القواعد القانونية وتعددها في الدولة.

وبالرغم من هذه المساوئ التي تضعف من قيمة العرف وتدعو لتقديم التشريع عليه فلا تزال للعرف أهمية كبرى بين مصادر القانون لأن التشريع لا يستطيع أن يحوي جميع القواعد القانونية اللازمة ومن المصلحة أيضاً ترك بعض الأمور للعرف لينظمها ويوجد القواعد الملائمة لها.

تعريف العرف وعناصره:

العرف: هو عادة يشعر الناس بأنها ملزمة لهم من الوجهة القانونية.

يبدو للعرف من التعريف عنصرين: مادي ومعنوي.

أما العنصر المادي فهو وجود عادة أو تعامل بين الناس على وجه مخصوص.

أما العنصر المعنوي فهو شعور الناس بأن هذه العادة أو هذا التعامل ملزم لهم من الوجهة القانونية.

أولاً:العنصر المادي

لكي ينشأ العنصر المادي في العرف يجب أن تتوافر في العادة الشروط التالية:

1 . يجب أن تكون هذه العادة عامة أي تطبقها فئة كبيرة من الناس وليس ضرورياً أن تكون شاملة لجميع المواطنين وإنما يكفي أن تطبقها فئة منهم.

2 . يجب أن تكون العادة قديمة مستقرة ليمكن التأكد من أن الناس قد درجوا عليها وأنها قد استقرت بينهم وليست أمراً عارضاً.

3 . يجب أن تكون العادة ثابتة مستقرة بحيث تتبع بصورة مستقرة لا متقطعة ويتأكد تعامل الناس بها وخضوعهم لها.

ونضيف الشرط التالي:

4 . أن تكون العادة غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

وهذه الشروط عبارة عن أمور موضوعية يقدرها القاضي ليرى أن الأمر يستحق أن يعتبر عادة أم لا, وتقدير القاضي في هذا المجال مطلق ولا مجال للرقابة عليه إذ ليس هناك حدود معينة (للقدم والاستقرار مثلاً) عليه أن يتقيد بها.

ثانياً:العنصر المعنوي

لا بد لكي تعتبر العادة عرفاً بالمعنى الصحيح من أن يتوافر فيها عنصر معنوي وهو شعور الناس بأنها ملزمة لهم من الوجهة القانونية, وبهذا تختلف العادة عن العرف فالعرف هو عبارة عن عادة يشعر الناس بأنها ملزمة لهم من الوجهة القانونية.

أما إذا خلت العادة من العنصر المعنوي فإنها تكون مجرد عادة لا عرفاً.

ومن أمثلة العادات التي لم تبلغ مرحلة العرف.

عادة تقديم الهدايا في الأفراح.

والعادة كثيراً ما تنقلب إلى العرف عندما يتوافر لها العنصر المعنوي. كعادة دفع الإكرامية في المطاعم أو الفنادق العامة, فهي تعتبر في كثير من البلاد بمثابة عرف لشعور الناس بأنهم ملزمين بذلك.

إن التمييز بين العادة والعرف أمر دقيق يصعب تحديده.

ـ ومن العسير جداً معرفة مرحلة انقلاب العادة إلى قاعدة عرفية ولكن فكرة التمييز بين العادة والعرف تبنى على فكرة أن العرف يعتبر أحد مصادر القواعد القانونية بينما لا تعتبر العادة كذلك.

أثر العرف بالنسبة لمختلف فروع القانون:

فبالنسبة لبعض فروع القانون كالقانون الجزائي مثلاً لا مجال لتطبيق العرف أبداً, بل التشريع هو وحده واجب التطبيق إذ لا جريمة ولا عقوبة بدون نص تشريعي[1].

وبالنسبة للقانون الدولي العام فهنالك مجال كبير لتطبيق العرف, إذ أن الأعراف الدولية تعتبر من أهم مصادر القانون الدولي العام.

أما بالنسبة للقانون الخاص, فإن أثر العرف قوي أيضاً, وتبدو أهميته خاصة في القانون التجاري أكثر منها في القانون المدني لأن القانون التجاري يتطلب شيئاً من المرونة وهو يترك ما ينشأ من أموره إلى ما ينشأ بين التجار من أعراف.

مستند القوة الإلزامية للعرف:

ما الذي يعطي العرف قوته الإلزامية ويدعو إلى اعتباره مصدراً من مصادر القانون ؟

لقد اختلفت الآراء حول هذا الموضوع ونجمل أهمها فيما يلي:

الرأي الأول:

العرف يستمد قوته الإلزامية من نفسه باعتباره صادراً عن الأمة مباشرة لأن الأمة هي صاحبة الحق الأصلي في التشريع.

ونشوء العرف واستقراره هو دليل على رضا الأفراد بهذا العرف وهذا الرضا هو أساس قوته الإلزامية.

الرأي الثاني:

إن العرف يستمد قوته من إرادة المشرع الصريحة أو الضمنية, لأن المشرع هو صاحب الحق الوحيد بالتشريع نيابة عن الأمة وقد حصر هذا الحق به فلا يجوز للأمة أن تمارسه بنفسها إلا برضاه.

[1] - المدخل إلى علم القانون /عدنان جاموس / جامعة دمشق / 1985-1986 . ص 128

ووجه الاختلاف بين الرأيين هو أن الأمة بحسب الرأي الأول تنشئ ما تشاء من القواعد القانونية عن طريق الأعراف لأنها صاحبة الحق الأصلي في التشريع.

أما أصحاب الرأي الثاني فيعتبرون أن الأمة قد تخلت عن هذا الحق للهيئات المختصة التي تمارسه باسمها ولا يجوز لها أن تعود لممارسته بنفسها, بل ينحصر حق إقرار القواعد القانونية اللازمة بالمشرع نفسه ولا تعتبر القواعد العرفية بمثابة قواعد قانونية إلا إذا أقرها المشرع.

دور القضاء بالنسبة للعرف:

القواعد العرفية عبارة عن قواعد تنشأ عن العادات والتعامل وهذه القواعد تظل مبهمة وغير محددة تماماً إلى أن تتبناها المحاكم وتأخذ بها وتطبقها.

وحسب بعض الفقهاء فإن تطبيق القضاء للأعراف هو الذي يسبغ عليها صفتها الإلزامية ويعتبر مستنداً لها. فالقواعد العرفية بحسب هذا الرأي لا تعتبر قواعد قانونية بالمعنى الصحيح إلا بعد تطبيق المحاكم لها وتبنيها إياها لأنها منذ ذلك الحين فقط تعتبر قواعد ملزمة. والرأي الأكثر صواباً هو أن القواعد العرفية تعتبر قواعد قانونية ملزمة قبل أن تطبقها المحاكم.

صلة العرف بالتشريع:

وتقوم هذه الصلة على حالتين[1]:

أ– توافق العرف مع التشريع:

يبدو هذا التوافق بين العرف والتشريع في حالتين وهما:

الحالة التي يستمد فيها التشريع قواعده من العرف والحالة التي يكمل العرف فيها أحكام التشريع.

الحالة الأولى:

إن الكثير من القواعد التشريعية مستمدة في الواقع من العرف, فالمشرع حين يعمد إلى سن تشريعاته يحرص في أغلب الأحيان على أن يتبنى الأعراف السائدة التي أثبت التطبيق صلاحها

[1] المدخل إلى القانون/رمضان محمد أبو السعود-محمد حسين منصور/بيروت-لبنان:منشورات الحلبي الحقوقية(2003) ص 188

فتنقلب القواعد التي تتضمنها هذه الأعراف من عرفية إلى تشريعية ويستمر الناس على إتباعها لأنهم ألفوها من جهة ولأن التشريع قد تبناها من جهة ثانية ويكون التوافق بذلك تاماً بين العرف والتشريع.

الحالة الثانية:

إن التشريع لا يستطيع أن يتضمن جميع الأحكام التي يحتاج إليها الناس في أمورهم ومعاملاتهم, بل إن الكثير من المسائل التفصيلية قد يترك أمر تنظيمها للعرف الذي يكمل التشريع في هذه الحالة ويسد النقص فيه.

والتشريع نفسه يعترف للعرف بهذه السلطة ويعتبر أن القواعد العرفية تقوم مقام القواعد التشريعية حين فقدانها.

والتشريع حين يحيل إلى العرف كأنما هو يتبنى قواعده ويقرها وبذلك نجد أن التوافق تام بينهما في هذه الحالة لأن تطبيق العرف هنا ما هو في الواقع إلا عبارة عن تطبيق للتشريع نفسه الذي يحيل عليه.

ب–تعارض العرف مع التشريع:

قد ينشأ عرف مخالف لقاعدة من القواعد التي نص عليها التشريع فما الذي يجب الأخذ به في هذه الحالة: القاعدة التشريعية أم العرف ؟

في الحالة التي يقضي فيها التشريع نفسه بترجيح العرف المخالف لحكم القاعدة التي يتبناها على هذا الحكم.

فلا شك أن العرف هو الذي يتبع استناداً إلى نص التشريع نفسه.

مثال:

ورد في المادة (432) من القانون المدني: " نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك ".

فالقاعدة تقضي بتحمل المشتري نفقات تسلم المبيع ولكن لو وجد عرف سائد يقضي بتحمل البائع والمشتري نفقات تسلم المبيع فيتبع حكم العرف ويهمل حكم القاعدة الأصلية.

أما لو كان العرف يخالف قاعدة تشريعية دون أن ينص التشريع نفسه على ترجيحه, فهنا يجدر التفريق بين حالتين:

الحالة الأولى:

أن تكون القاعدة التشريعية التي يخالفها العرف من القواعد الآمرة التي تتعلق بالنظام العام. وفي هذه الحالة يكون الإجماع منعقداً بين الفقهاء على ضرورة تطبيق القاعدة وإهمال العرف لأن القواعد التي تتعلق بالنظام العام تؤثر على المجتمع تأثيراً مباشراً ولا يجوز الحد منها عن طريق الأعراف أو غيرها.

الحالة الثانية:

$أن تكون القاعدة التشريعية التي يخالفها العرف من القواعد التكميلية أو المفسرة وجب عندئذ القاعدة الأخذ، من حيث المبدأ، بالعرف وإهمال القاعدة التشريعية, وفي هذه الحالة يجب التفريق فيما إذا كانت مخالفة العرف للقاعدة التشريعية واقعة في الأمور التجارية أو الأمور المدنية.

ففي الأمور التجارية: إذا خالف العرف القاعدة التشريعية التكميلية أو المفسرة استناداً إلى نص المادة الرابعة من قانون التجارة السوري التي تنص: " على القاضي عند تحديد آثار العمل التجاري أن يطبق العرف المتوطد إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف أو كان العرف متعارضاً مع النصوص التشريعية الإلزامية ".

ونستنتج بمفهوم المخالفة من ذلك إذا لم يكن العرف متعارضاً مع النصوص التشريعية الإلزامية, وإنما كان متعارضاً مع النصوص التشريعية التكميلية أو المفسرة, فإن من الواجب تطبيقه.

أما في الأمور المدنية: هناك رأيان

الرأي الأول:

وفيه يرجح العرف المخالف للقاعدة التشريعية التكميلية أو المفسرة على هذه القاعدة. وذلك لأن القاعدة المفسرة إنما تطبق لأنه يفترض أن المتعاقدين قد أراداها ولكن ما دام قد وجد العرف المخالف فمن الأصح أن نعتبر أن إرادتهما قد انصرفت إليه وعندئذ يطبق العرف لأنه أصدق تعبيراً عن إرادة المتعاقدين.

الرأي الثاني:

وفيه ترجح القاعدة التشريعية التكميلية أو المفسرة على العرف الذي يخالفها وحجة أصحاب هذا الرأي أن نص التشريع مقدم على العرف, لأن العرف لا يجوز تطبيقه إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي.

أما إذا وجد نص تشريعي وعرف مخالف فإن النص التشريعي هو الذي يطبق أولاً.

ويضيف أصحاب هذا الرأي حجة أخرى وهي أنه إذا جاز لنا أن نهمل القاعدة التشريعية ونطبق العرف المخالف لها فإن هذا يعتبر إلغاء للقاعدة التشريعية بالعرف المخالف وهو يناقض نص المادة الثانية من القانون المدني: " لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ".

مثال:

نصت المادة (535) من القانون المدني أن على المؤجر: " أن يجري الأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص أو بياض وأن يقوم بنزح الآبار والمراحيض ومصارف المياه ".

وهذه القاعدة ليست من النظام العام بل هي تكميلية أو مفسرة.

ولنفرض وجود عرف يقضي بأن تقع نفقات تجصيص وبياض الأسطح على عاتق المستأجر لا المؤجر.

بحسب الرأي الأول: يطبق العرف إذ يفترض أن المتعاقدين قد أرادا تبنيه عندما تعاقدا.

وبحسب الرأي الثاني: يجب تطبيق القاعدة التشريعية لا العرف إذ لا مجال لتطبيق العرف مع وجود نص تشريعي حول الموضوع, لأن ذلك يعتبر نوع من إلغاء التشريع بالعرف المخالف.

تمارين

العبارات الصحيحة:

العنصر المادي: هو وجود عادة أو تعامل بين الناس على وجه مخصوص.

العنصر المعنوي: هو شعور الناس بأن هذه العادة أو هذا التعامل ملزم لهم من الوجهة القانونية.

الوحدة التعليمية العشرون

المصادر غير التشريعية

3- مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

الكلمات المفتاحية:

القانون الطبيعي – القواعد العادلة – القانون الطبيعي المبدئي – القانون الطبيعي الثانوي – المشرع – القاضي – القواعد التشريعية.

الملخص:

سنلقي الضوء في هذا الفصل على مفهوم القانون الطبيعي وقواعد العدالة، حيث أن مدرسة القانون الطبيعي تقول بوجود مبادئ وقواعد قانونية مثالية ثابتة تفرضها طبيعة الأشياء ويكتشفها المنطق والعقل السليم وهي التي يجب أن تبنى عليها القواعد القانونية الوضعية وأن تستمد منها أحكامها. إضافة إلى أنواع القانون الطبيعي، وأثر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بالنسبة للمشرع وبالنسبة للقاضي.

الأهداف التعليمية:

يتعرف الطالب في هذا الجزء على:

مفهوم القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

أنواع القانون الطبيعي.

أثر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بالنسبة للمشرع وبالنسبة للقاضي.

صلة العرف بالتشريع.

مفهوم القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

رأينا أن مدرسة القانون الطبيعي تقول بوجود مبادئ وقواعد قانونية مثالية ثابتة تفرضها طبيعة الأشياء ويكتشفها المنطق والعقل السليم وهي التي يجب أن تبنى عليها القواعد القانونية الوضعية وأن تستمد منها أحكامها.

وهذه القواعد سواء أكانت ثابتة كما تراها نظرية القانون الطبيعي الأصلية أم متغيرة كما تراها نظرية القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير, هي تلك التي أراد المشرع أن يحيل القاضي إليها حين نص في المادة الأولى من القانون المدني على اعتبارها كمصدر أخير من مصادر القانون يلجأ إليه القاضي للحكم بموجبه عند عدم كفاية المصادر الأخرى[1].

ويرى بعض الفقهاء أن هنالك نوعين من القانون الطبيعي:

القانون الطبيعي المبدئي: ويشمل مجموعة قليلة من المبادئ الأساسية العامة.

والقانون الطبيعي الثانوي: ويشمل القواعد التفصيلية التي يفرعها العقل على تلك المبادئ لتحقيق العدالة وهذه المبادئ التي تشكل القانون الطبيعي الثانوي يسميها القانون المدني قواعد العدالة.

أثر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بالنسبة للمشرع وبالنسبة للقاضي:

إن أثر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا يتناول فقط المشرع حين وضعه للقواعد التشريعية, بل يشمل أيضاً القاضي الذي يستطيع أن يستند عليها مباشرة وأن يقضي بموجبها عند فقدان المصادر الأخرى.

فمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة يمكن أن يستفاد منها في مجالين: مجال التشريع ومجال القضاء.

أما في مجال التشريع: فمهمتها أن ترشد المشرع إلى القواعد العادلة التي يتوجب عليه أن يتبناها في تشريعاته.

وأما في مجال القضاء: فمهمتها أن تلهم القاضي الحلول الملائمة التي يتوجب عليه أن يطبقها في أحكامه عند عدم وجود حلول أخرى يعتمد عليها.

---

[1] - المدخل للعلوم القانونية: (النظرية العامة للقانون.والنظرية العامة للحق)\توفيق حسن فرج/ بيروت لبنان:/الدار الجامعية (1988) . ص 282 – 286

ولا شك في أن السماح للقاضي بأن يستند في أحكامه إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وأن يقضي بموجبها من شأنه أن يخوله سلطة كبيرة في الاجتهاد والحكم.

ولكن القاضي لا يستطيع أن يلجأ لهذه المبادئ إلا حين استنفاذه البحث في المصادر الأخرى.

تطبيق القضاء في بلادنا لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

لقد أصبحت هذه القواعد تعتبر بمثابة قواعد تشريعية بعد أن كانت عبارة عن مجرد تطبيقات قضائية لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وهذا يدلنا على أن تطبيق القضاء لهذه المبادئ والقواعد قد يؤثر أحياناً على المشرع نفسه إذ يؤدي به إلى تبنيها والأخذ بها في تشريعاته.

تمارين

العبارات الصحيحة:

القانون الطبيعي المبدئي: يشمل مجموعة قليلة من المبادئ الأساسية العامة.

القانون الطبيعي الثانوي: يشمل القواعد التفصيلية التي يفرعها العقل على تلك المبادئ لتحقيق العدالة وهذه المبادئ التي تشكل القانون الطبيعي الثانوي يسميها القانون المدني قواعد العدالة.

الوحدة التعليمية الواحدة والعشرون

المصادر غير التشريعية

4- الاجتهاد القضائي والفقه

الكلمات المفتاحية:

الاجتهاد القضائي – الاجتهاد الفقهي – المصادر التفسيرية – القواعد القانونية – المحاكم – محكمة النقض – الفقه – المشرع – القاضي.

الملخص:

سنتعرف في هذا الفصل على الاجتهاد القضائي الذي هو إعمال الرأي أو بذل الجهد العقلي للتعرف على الحكم، أنواعه، سبب اعتبار الاجتهاد القضائي من المصادر التفسيرية، أهمية الاجتهاد القضائي من الوجهة العملية، وأخيراً الفقه.

لأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء سيكون الطالب قادراً على معرفة:

- الاجتهاد القضائي وأنواعه.
- سبب اعتبار الاجتهاد القضائي من المصادر التفسيرية.
- أهمية الاجتهاد القضائي من الوجهة العملية.
- الفرق بين الاجتهاد القضائي والفقه.

إلى جانب المصادر التي ذكرناها سابقاً يوجد هنالك مصدران آخران يعتبران حالياً بالنسبة لأغلب النظم القانونية بمثابة مصدرين تفسيريين وهما: الاجتهاد القضائي والفقه.

أولاً:الاجتهاد القضائي

الاجتهاد بصورة عامة هو إعمال الرأي أو بذل الجهد العقلي للتعرف على الحكم, فإذا كان هذا الاجتهاد يمارس من قبل الفقهاء فهو اجتهاد فقهي, أما إذا كان يمارس من قبل القضاة فهو اجتهاد قضائي.

وكان للاجتهاد القضائي في بعض الشرائع القديمة وبصورة خاصة في الشريعة الرومانية, الأثر الكبير في إيجاد الكثير من القواعد القانونية, كما أن الاجتهاد القضائي لا يزال يتمتع حتى الآن بأهمية بالغة في الشريعة الإنكليزية كمصدر رسمي للقواعد القانونية, حيث تعتبر الأحكام القضائية فيها بمثابة قواعد واجبة التطبيق في القضايا المماثلة.

إلا أن أغلب النظم في العصر الحاضر ومن بينها نظامنا القانوني لا يعتبر الاجتهاد القضائي من المصادر الرسمية للقانون, وإنما هي عبارة عن تطبيق عملي للقواعد القانونية الموجودة وليس لها أية صفة إلزامية إلا بالنسبة للقضايا التي تفصل فيها[1].

سبب اعتبار الاجتهاد القضائي من المصادر التفسيرية:

إن اعتبار الاجتهاد القضائي من المصادر التفسيرية هو من نتائج مبدأ الفصل بين السلطات الذي اعتبره رجال الثورة الفرنسية وبصورة خاصة الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية من المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها نظامهم الجديد.

ولا شك في أن عدم السماح للقضاة بإصدار قواعد قانونية عامة من شأنه أن يؤدي إلى شيء من الطمأنينة والاستقرار في الحياة القانونية, إذ يكون الناس على ثقة بنتائج أعمالهم ومعرفة بالقواعد التي تطبق عليهم دون أن يكون هنالك مجال لمجابهتهم بقواعد لا يعلمونها يترك أمر تقديرها إلى القضاء.

[1] - المدخل إلى علم القانون/مهاب نجا/طرابلس-لبنان:دار الشمال(1990 ص 104

أهمية الاجتهاد القضائي من الوجهة العملية:
ليس من الممكن بحال من الأحوال أن يقتصر القاضي في عمله على تطبيق القواعد القانونية تطبيقاً آلياً بل لا بد له من أن يلعب دوراً إيجابياً هاماً في إنماء القانون وتطويره.

فالاجتهاد القضائي هو الذي يفسر التشريع ويحدد معناه وهو يؤدي من خلال تفسيره لنصوص التشريع إلى التوسع في تطبيقه بل وإلى تعديل معناه الأصلي أحياناً بحيث يصبح أكثر ملائمة لظروف البيئة وتطور المجتمع.

ويتمتع هذا الاجتهاد القضائي من الوجهة العملية بقوة إلزامية لا تكاد تقل شأناً وأثراً عن تلك القوة التي تتمتع بها المصادر الرسمية للقانون, على الرغم من أنه لا يعتبر ملزماً من الوجهة النظرية إلا بالنسبة للقضايا التي يفصل فيها.

ويعود السبب في هذه القوة الإلزامية من الوجهة العملية إلى عاملين رئيسيين:

أولهما: حرص المحاكم على أن تلتزم في القضايا المماثلة نفس الاجتهاد, وأن تتجنب تعديل هذا الاجتهاد بصورة مستمرة لئلا توصم بالتردد وعدم الاستقرار بل وبالتحيز في بعض الأحيان.

ثانيهما: وجود تسلسل بين أنواع المحاكم ووجود محكمة النقض بصورة خاصة التي تتولى توحيد الاجتهاد في البلد الواحد مما يدفع سائر المحاكم على مختلف أنواعها إلى أن تتقيد بما يصدر عن محكمة النقض هذه من اجتهادات وأن تتوافق معها في أحكامها لئلا تكون هذه الأحكام عرضة للنقض والرد.

ثانياً:الفقـــه

يختلف الفقه عن الاجتهاد القضائي في أنه لا يصدر عن هيئات رسمية هي المحاكم, بل هو لا يعدو أن يكون مجرد آراء شخصية تصدر عن رجال القانون.

وإن للفقه أثر كبير لأن المشرع والقاضي كليهما يسترشدان في أغلب الأحيان بآراء الفقهاء ورجال القانون ويحاولان تبنيها سواء فيما يضعه الأول من قواعد تشريعية أو ما يصدره الثاني من أحكام واجتهادات[1].

[1] – المدخل إلى علم القانون/تأليف عباس الصراف-جورج حزبون/عمان- الأردن:مكتبة دار الثقافة(1991) ص 83 .

تمارين

العبارات الصحيحة:

الاجتهاد الفقهي: يمارس من قبل الفقهاء.

الاجتهاد القضائي: يمارس من قبل القضاة.